

TARTU ÜLIKOOL  
ÕIGUSTEADUSKOND  
Avaliku õiguse osakond

Kadi-Ell Tähiste

**LOOMEVABADUS JA SELLE PIIRANGUD PÕHISEADUSE KONTEKSTIS**

Magistritöö

Juhendaja  
Professor Ülle Madise

Tallinn  
2017

# Sisukord

<b>Sissejuhatatus .....</b>	<b>3</b>
<b>1. Loomevabadus ja loomingu mõiste põhiseaduses ja seadustes .....</b>	<b>6</b>
1.1. Loomevabadus põhiseaduses .....	6
1.1.1. Loomevabadus põhiseaduse §-s 38 .....	6
1.1.2. Loomevabaduse seos väljendusvabadusega .....	10
1.1.3. Loomevabaduse seos põhiseaduse muude sätetega .....	14
1.2. Loomevabaduse kaitseala ning loomingu mõiste lihtseadustes .....	16
1.2.1. Loomevabaduse esemeline ja isikuline kaitseala .....	16
1.2.2. Loomingu ja loovisiku mõiste Eesti seadustes .....	20
<b>2. Loomevabaduse piiramine haldusõiguses .....</b>	<b>23</b>
2.1. Loomevabaduse haldusõiguslikud piirangud põhiseaduse kontekstis .....	24
2.2. Kõlbluse kaitse loomevabaduse piiramise alusena .....	26
2.2.1. Kõlblus kui kaitstav õigushüve .....	26
2.2.2. Pornograafiliste ja vägivalda või julmust propageerivate teoste levipiirang .....	29
2.3. Avaliku korra ja teiste isikute õiguste kaitse loomevabaduse piiramise alusena .....	32
2.3.1. Avalik kord piirangu alusena Viljandi linnavalitsuse otsuse näitel .....	32
2.3.2. Teiste isikute õiguste kaitse piirangu alusena Tartu Kunstimuuseumi näituse näitel .....	35
<b>3. Loomevabaduse piiramine karistusõiguses .....</b>	<b>40</b>
3.1. Loomevabaduse piirangud karistusseadustikus .....	41
3.1. Tegevuse loominguline iseloom karistusõigusliku vastutuse välistamise alusena .....	44
3.1.1. Etteheite puudumise alusena kunstivideo “Eesti Lipp” näitel .....	44
3.1.2. Süü puudumise alusena <i>performance</i> -i “Äng” näitel .....	46
3.2. Materjali kunstiline väärtus vastutuse välistamise alusena teksti “Untitled12” näitel .....	49
<b>4. Loomevabaduse piiramine tsiviilõiguses .....</b>	<b>55</b>
4.1. Loomevabaduse tsiviilõiguslikud piirangud .....	55
4.1.1. Piirangud põhiõiguste kolmikmõju teooria kontekstis .....	55
4.1.2. Võlaõiguslikud õiguskaitsevahendid loomevabaduse piiramise kontekstis .....	57
4.2. Loomevabaduse piiramine loomingus kujutatud isikute õiguste kaitseks .....	60
4.2.1. Teiste isikute kujutamise piirid filmi “Magnus” ja Olavi Ruitlase blogi näitel .....	60
4.2.2. Avaliku elu tegelaste kujutamise piirid poliitilise kunsti näitel .....	64
4.2.3. Loomevabaduse piiramise meetmete proportsionaalsus .....	67
<b>Kokkuvõte .....</b>	<b>70</b>
<b>Summary .....</b>	<b>73</b>
<b>Kasutatud materjalid .....</b>	<b>79</b>

## Sissejuhatus

Kus on kunstis kunsti piirid? Sellise küsimuse püstitas 2015. aastal toonane kultuuriminister Urve Tiidus, kommenteerides Tartu Kunstimuuseumi näitusele välja pandud teoste tekitatud ühiskondlikku pahameelt.<sup>1</sup> Nagu ministergi oma sõnavõtus märkis, on loomingus lubatud ja lubamatu piiritlemise näol tegemist ikka ja jälle ühiskonnas tõstatuva küsimusega. Näiteks on pärast Tartu Kunstimuuseumi juhtumit olnud see teema taas ühiskondliku debati fookuses seoses Kaur Kenderi tekstiga “Untitled12”. Vaevalt leidub õigusteadlasi, kes ei oleks selle probleemi üle kasvõi hetkeks mõtisklenud seoses kriminaalprotsessiga, kus küsimuse all on kirjaniku võimalik vastutus lapsporno tootmise eest. Nii vallandus meedias selle kaasusega seonduvalt üsna aktiivne debatt, muuhulgas ka õiguspraktikute seas.<sup>2</sup>

Kunsti- ehk loomevabadus on meie põhiseaduses kaitstud lisaks üldise väljendusvabaduse klauslile ka eraldi põhiõigusena, mille sätestab põhiseaduse<sup>3</sup> § 38 lõige 1. Magistritöö eesmärk on leida vastus küsimusele, millistel alustel ja kuidas tohib piirata PS § 38 lg-s 1 sätestatud loomevabadust. Uurimisküsimusele vastamiseks on esmalt püütud defineerida kunsti laias tähenduses ehk loomingulise eneseväljenduse tulemust, ja piiritleda § 38 lg-s 1 sätestatud põhiõiguse kaitseala üldise väljendusvabaduse ja vaba eneseteostuse kaitsealast. Seejärel on analüüsitud Eesti haldus-, karistus- ja tsiviilõiguse loomevabadust piiravate normide ja nende rakendamise kooskõla põhiseadusega. Käesolevas töös kasutatakse termini “kunstivabadus” asemel valdavalt terminit “loomevabadus”, kuna esimene viitab autori hinnangul eesti keele kontekstis kitsalt kujutava kunsti valdkonnale, kuid põhiseaduse vastav sätte annab kaitse kunstile laias tähenduses ehk loomingule tervikuna. Loomevabadust ja kunstivabadust on käsitletud õiguskirjanduses samatähenduslikuna.<sup>4</sup>

Käesoleva töö autorile teadaolevalt ei ole Eesti õigusteaduses loomevabaduse kui põhivabaduse uurimisele kuigi palju keskendutud. Ka maailma praktikas ei võta õigusteadlased seda teemat kuigi sageli oma analüüside fookusesse. Loomevabadust põhjalikult uurinud Briti õigusteadlane Paul Kearns oletab, et see tuleneb ennekõike loomingu ja õiguse baasontoloogiate lahknevusest, kuivõrd neid peetakse sageli olemuslikult

---

<sup>1</sup> Kultuuriministeeriumi 10.02.2015 pressiteade: Kultuuriministri kommentaar – <http://www.kul.ee/et/uudised/kultuuriministri-kommentaar>

<sup>2</sup> Nt M. Kurm. Kenderi jutu kirjanduslikul väärtusel pole karistusõiguse seisukohast mingit tähendust. – Postimees 12.02.2016;

H. Vallikivi. Piirist kunsti ja keelatud porno vahel – Postimees 16.02.2016;

O. Nääs. Kender – hüllem kui terrorist? – Postimees 13.04.2016

<sup>3</sup> Eesti Vabariigi põhiseadus – RT I, 15.05.2015, 2

<sup>4</sup> Vt nt R. Maruste. Konstitutsionalism ning põhiõiguste ja –vabaduste kaitse. Tallinn: Juura 2004, lk 512

ühildamatuteks kategooriateks.<sup>5</sup> Samas ei saa õigus loomingust, sarnaselt muude elu valdkondadega, mööda minna ning paratamatult kerkib vajadus loominguga ning selle reguleerimisega tegeleda. Sestap on käesoleva töö üheks eesmärgiks täita konstitutsiooniõigusliku analüüsi täiendamise rolli, pakkudes lähemat vaatenurka ühele meie põhiseaduse vähe uuritud sättele.

Magistritöö on jaotatud nelja peatükki. Esimese peatüki fookuses on loomevabaduse olemus ja tunnused, selle põhiseaduslik positsioon demokraatlikus ühiskonnas ning loomevabaduse seosed teiste põhiseaduse sätetega. Selles peatükis on erilist tähelepanu on pööratud loomevabaduse ja üldise väljendusvabaduse vahekorrale ning loomevabaduse esemelise ja isikulise kaitseala piiritlemisele. Just need on käesoleva töö autori hinnangul kõige olulisemad küsimused, mida loomevabadusega seoses tuleb põhiseaduse tasandil lahendada.

Töö järgmistes peatükkides keskendutakse loomevabaduse piiramisele õigusharude kaupa. Magistritöö teise peatüki teemaks on loomevabaduse haldusõiguslikud piirangud ning täpsemalt on fookuses seadusliku aluse nõue. Loomevabaduse haldusõigusliku piiramise lubatavus sõltub suuresti sellest, kas ja mis ulatuses on seadusandja vastava pädevuse haldusorganile andnud ning milliste õigushüvede kaitse vajaduse seaduses konkretiseerinud. Kaasaegses loomingus kasutatakse sõnumi edastamiseks sageli tavamõistes šokeerivaid või häirivaid motiive ja sümboleid või käsitletakse ühiskonna tabuteemasid. Nõnda tekib küsimus, kas ja kuidas on võimalik sellistele ilmingutele õiguslikult reageerida. Uurin selles peatükis praktiliste näidete kaudu, millised võimalused on haldusorganil loomevabaduse piiramiseks, milliste õigushüvede kaitse vajadusest lähtuvalt saab piiranguid seada ning mida peab piirangute seadmisel silmas pidama.

Töö kolmandas peatükis vaatlen lähemalt karistusõiguslikke meetmeid ning täpsemalt seda, milliseid karistusõiguse norme on üldse loominguga või sellega seoses võimalik rikkuda. Uurin selles peatükis veel, kas ja millistel eeldustel lubab meie tänane karistusõigus arvesse võtta tegevuse või materjali loomingulist iseloomu või kunstilist väärtust kui karistusõiguslikust vastutusest vabastamise alust. Seega küsimust sellest, kas ja millistel juhtudel õigustab looming kui kunstiliste eesmärkide saavutamist taotlev protsess karistusõiguslikus mõttes etteheidetava teo toimepanemist. Samuti iseloomustab loomingut kui eripärast väljendusviisi tuginemine peamiselt autori fantaasiale ja mõtetele, mistõttu kerkib eriti karistusõiguse valguses esile küsimus sellest, milline on taolise väljenduse piiramise vajadus arvestades õigushüvede kahjustamise potentsiaali.

---

<sup>5</sup> P. Kearns. Freedom of Artistic Expression. – Oxford/Portland: Hart Publishing 2013, lk 117

Töö viimases, neljandas peatükis, uurin kuidas toimub loomevabaduse piiramine tsiviilõiguslikult, ennekoike arvestades põhiõiguste kolmikmõju teooriat. Selle teema kontekstis analüüsin deliktiõiguslikke näited olukordadest, kui loominguga on rikutud teise isiku õigusi. Kõige paremini aitavad loomevabaduse ja teiste isikute õiguste konfliktolukordi illustreerida situatsioonid, kus autor on oma loomingus prototüübina kasutanud teist isikut või on olnud loomingu eesmärgiks pakkuda kommentaari mõne avaliku elu tegelasega seonduvatele päevasündmustele. Uurin peatükis niisiis lähemalt, mida peaksid autorid tsiviilõiguslikke piiranguid silmas pidades arvesse võtma teiste isikute kujutamisel oma loomingus ning millised on teiste isikute kujutamise piirid.

Peamise uurimismeetodina on töö koostamisel kasutatud süsteemset lähenemist, kuivõrd loomevabaduse piiramise küsimust on iga õigusharu puhul hinnatud läbi põhiseadusliku prisma. Töös on toodud arvukaid näiteid, mille uurimiseks on meetodina kasutatud loogilist argumenteerimist, kõrvutades faktilisi asjaolusid teoreetilises kirjanduses välja pakutud lahendusmodelitega ning hinnates nende vastavust põhiõiguste piiramisele üldisele teooriale.

Magistritöö peamiseks teoreetiliseks allikaks on asjakohane eesti – ja inglisekeelne õiguskirjandus ning selle kõrval ka kohtupraktikas väljendatud seisukohad. Lisaks Riigikohtu seisukohtadele leiavad käesolevas töös kajastust ka alama astme kohtute lahendid. Samuti on käsitletud kohast Euroopa Inimõiguste Kohtu praktikast ning mõningaid välisriikide, peamiselt Saksamaa, kõrgemate kohtute lahendeid. Praktiliste näidete puhul olen tuginenud kohtupraktikale või kohtuvälise menetleja seisukohale ning nende puudumisel ajakirjanduses kajastatud juhtumitele, kuivõrd nii mõnigi kord ei ole loomevabaduse piiramise juhtumid kohtuliku arutluse alla jõudnud, kuigi on ajakirjanduses ning ühiskonnas algatanud muuhulgas ka õiguslikke küsimusi puudutava debati.

Töö autor soovib tänada Ülle Madiset juhendamise eest ning Sten Andreas Ehrlichit teemakohaste tähelepanekute ja sisukate mõttevahetuste eest. Lisaks soovin tänada Rael Artelit, Fideelia-Signe Rootsi, Kristina Normanit, Kadri Kõusaart, Olavi Ruitlast ja Kultuuriministeeriumi valmiduse eest vastata küsimustele ja edastada mulle materjale, mida sain kasutada praktiliste näidete toomiseks.

Tööd kirjeldavad enim märksõnad riigiõigus, kunstivabadus, loomevabadus, väljendusvabadus.

## 1. Loomevabadus ja loomingu mõiste põhiseaduses ja seadustes

Loomevabadust käsitleb Eesti põhiseaduses § 38, mille lõige 1 sedastab: “Teadus ja kunst ning nende õpetused on vabad”. Tervikuna sätestab see paragrahv kolm põhiõigust, nende seas ka kunsti- ehk loomevabaduse.<sup>6</sup> Rõhutades loomevabadust eraldi põhivabadusena, on Eesti põhiseaduses mindud spetsiifilisemaks näiteks Inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni käsitlusest, kus loomevabadust eraldi välja toodud ei ole. Seda loetakse üksnes artiklis 10 nimetatud väljendusvabaduse üheks osaks.<sup>7</sup>

Käesoleva magistritöö esimese peatüki esimese osa keskmes on küsimused, mida tähendab loomevabaduse eraldi sätestamine ning selle sõnastus Eesti põhiseaduses, kas ja miks on tegemist üldisest väljendusvabadusest erineva vabadusega ning milliste põhiõigustega § 38 veel puutumust omab. Peatüki teises osas uurin, mis kuulub loomevabaduse esemelisse kaitsealasse ning kes on need isikud, kellele loomevabaduse kaitseala laieneb ning samuti seda, kas ja kuidas on loomingu mõistet sisustatud lihtseadustes.

### 1.1. Loomevabadus põhiseaduses

#### 1.1.1. Loomevabadus põhiseaduse §-s 38

Asudes põhiseaduse § 38 lõiget 1 ning täpsemalt loomevabadust analüüsima, tekib esmalt küsimus, kuidas on loomevabadus riigi poolt garanteeritud ning kas ja kuidas võib seda vabadust piirata. Loomevabaduse puhul eeldatakse, et ennekõike on kaitstud autori vabadus ise valida, kas ja milliseid teoseid luua ja avalikustada ning eeldatakse, et riik ei tohi sellesse protsessi meelevaldselt sekkuda.<sup>8</sup> Nii on tegemist negatiivse vabadusega, kuna lubatud on nii loomingut vabalt viljeleda kui ka soovi korral seda mitte teha ning eeldatakse, et riik sellesse otsustusprotsessi keelu või sunni näol ei sekku.<sup>9</sup> Lisaks on riigil teataval määral kohustus loometegevuse arengut finantsiliselt toetada, ennekõike selle vabaduse seose tõttu põhiseaduse preambulis toodud rahva, keele ja kultuuri säilimise tagamise nõudega.<sup>10</sup> Selleks on Eestis ellu sisse seatud Kultuurkapital, mille ülesandeks on Eesti Kultuurkapitali seaduse<sup>11</sup> (edaspidi KultKS) § 1 lg 1 kohaselt muuhulgas kunstide valdkonna toetamine.

<sup>6</sup> T. Annus, I. Pilving. Põhiseaduse § 38 kommentaar, p 1. – Ü. Madise jt (toim). Eesti Vabariigi Põhiseadus. Komm vlj, 3. vlj. Tallinn: Juura 2012

<sup>7</sup> EIKo 21279/02; 36448/02 *Lindon, Otchakovsky-Laurens & July v Prantsusmaa*, p 45, 47

<sup>8</sup> T. Annus, I. Pilving (viide 6), p 4.2

<sup>9</sup> R. Alexy. Põhiõigused Eesti põhiseaduses. – *Juridica* 2001/eriväljaanne, lk 23-24

<sup>10</sup> R. Maruste (viide 4), lk 511;

T. Annus, I. Pilving (viide 6), p 4.5

<sup>11</sup> Eesti Kultuurkapitali seadus – RT I, 11.07.2014, 26

Kui vaadata põhiseaduse § 38 teksti ning lähtuda eelnevalt toodud loomingu vaba loomise võimaldamise printsiibist, võib esmapilgul näida, et loomevabadus kätkeb endas vabadust luua või esitada piiramatult ükskõik millist loomingut. Selline lähenemine ei ole siiski täpne, kuna *expressis verbis* piirangute puudumine ei automaatselt, et loomevabadus olekski absoluutne ehk piiramatu<sup>12</sup>, vaid viitab üksnes sellele, et tegemist on ilma seadusreservatsioonita ehk piiriklauslita tagatud põhiõigusega.<sup>13</sup> Loomevabaduse kui reservatsioonita tagatud põhiõiguse piiramise legitiimseks aluseks saavad olla muud põhiseaduslikud väärtused, peamiselt teiste isikute õigused või kollektiivseid hüved, mida riik peab samuti kaitsma.<sup>14</sup>

Ennekõike tekib riigil õigus loomevabadust teiste isikute või kollektiivsete õiguste kaitseks piirata avalikkusele kättesaadavaks tehtud loomingu puhul. Siinkohal ei saa nõustuda Taavi Annuse riigiõiguse õpikus toodud käsitlemisega, mille kohaselt tuleks selgelt vahet teha avaldatud ja avaldamata loometöö resultaatidel, kusjuures viimaste puhul on riigil õigus piiramiseks suurem.<sup>15</sup> Annus leiab, et avalikustatud loomevabaduse resultaadid kuuluvad avaldamise hetkest mitte loomevabaduse, vaid üksnes väljendusvabaduse kaitsealasse, mistõttu tuleks ka piirangute lubatavuse õigustusi otsida sealt. Nagu käesoleva töö järgmisest alapeatükist nähtub, on aga väljendusvabaduse kitsendamine võrreldes loomevabaduse kitsendamisega kergem, mistõttu ka selle sätte kaitse mõnevõrra nõrgem. Loomevabaduse täiendav põhiseaduslik kaitsmine kaotaks minu hinnangul oma mõtte, kui sellega oleks kaitstud ainult loomingu valmistamise protsess. Üksnes autori privaatsfääri jääva avaldamata loominguga on praktiliselt võimatu kellegi teise subjektiivseid õigusi riivata. Näiteks on üks isikuõigus, mis loomevabadusega võib konflikti sattuda põhiseaduse §-s 17 sätestatud au ja hea nimi, mille riive eelduseks on riivava materjali, tegevuse vms jõudmine teiste isikuteni.<sup>16</sup> Sestap on äärmiselt küsitav, kuidas ja miks peaks riik ainult ja üksnes mitteavalikku, omaette loomist kuidagi reguleerima – vastavalt siis piirama või eraldi põhiseaduslikult kaitsma – ning tuleb nõustuda tõdemusega, et loomevabadusega on kaitstud ka selle levitamine ehk avalikustamine.<sup>17</sup> Sellele viitab muuhulgas ka loomevabaduse laienemine juriidilistele isikutele, kes tegelevad kunstiteoste vahendamisega – st nende levitamisega avalikkuses.<sup>18</sup>

---

<sup>12</sup> R. Alexy. A Theory of Constitutional Rights. Oxford: Oxford University Press 2004, lk 72-73.

<sup>13</sup> R. Alexy (viide 9), lk 47;

M. Ernits. Põhiseaduse II peatüki sissejuhatav kommentaar, p 8.2. – Ü. Madise jt (toim). Eesti Vabariigi Põhiseadus. Komm vlj, 3. vlj. Tallinn: Juura 2012

<sup>14</sup> R. Alexy (viide 9), lk 47;

T. Annus, I. Pilving (viide 6), p 4.2

<sup>15</sup> T. Annus. Riigiõigus. Tallinn: Juura 2006, lk 368.

<sup>16</sup> R. Maruste. Põhiseaduse § 17 kommentaar, p 3. – Ü. Madise jt (toim). Eesti Vabariigi Põhiseadus. Komm vlj, 3. vlj. Tallinn: Juura 2012

<sup>17</sup> T. Annus, I. Pilving (viide 6), p 4.2

<sup>18</sup> Samas, p 4.3

Eelnevat seisukohta toetab ka sätte ajalooline taust. Loomevabaduse kaitse säte on esinenud mõningate minimaalsete modifikatsioonidega meie konstitutsioonis läbi kõigi selle versioonide. 1920. aasta põhiseaduses<sup>19</sup> leiame loomevabaduse §-st 12, 1938. aasta konstitutsioonis<sup>20</sup> on see toodud §-s 23. 1933. aasta põhiseaduse muudatused<sup>21</sup> loomevabadust ei puudutanud ning sätte asukoht jäi samaks, mis 1920. aastal. Nii 1920. kui ka 1938. konstitutsioonid sätestasid lisaks eraldi ka väljendusvabaduse. 1920. aasta sätte loomise eeskujuks oli Saksa põhiseadus.<sup>22</sup> 1934. aasta põhiseaduse napid seletused ütlevad: “ [§ 12] Esimeses lauses väljendatud vabadus tähendab, et valitsusvõim ei saa ilma seadusliku aluseta end segada kunstiteoste tootmisesse ja levitamisse.”<sup>23</sup> Niisiis hõlmas ka tolleaegne põhiseadus loomingu valmistamise kõrval ka selle avaldamist ja levitamist ka vaatamata üldisele väljendusvabaduse klauslile.

Tõsi, loomevabadus kaitseb ka avaldamata loomingu valmistamist ning loomist kui protsessi iseenesest<sup>24</sup> – näiteks ka üksnes isiku soovist end väljendada või tegeleda loominguga hobikorras tõukuvaid loomingulisi tegevusi. Samuti on isikul õigus vallata ja omada sellise tegevuse resultate. Samas on riigil mõnel juhul õigus piirata ka sellist avaldamata loomingut. Näiteks on karistusõiguslikult keelatud lapspornoks kvalifitseeruvate teoste valmistamine ja hoidmine muuhulgas ka ilma neid levitamata<sup>25</sup> või ei ole näiteks vangla eeskirjadest tulenevalt lubatud teatud sisuga loomingu omamine ka juhul, kui see on kinnipeetava enda valmistatud<sup>26</sup>. Samas, nagu käesolevast tööst edaspidi nähtub, eeldab loomevabadusele piirangute seadmine enamasti seda, et looming oleks jõudnud vähemalt mõnede isikuteni peale autori enda.

Olukordi, kus ühe isiku loominguga rikutakse teise isiku põhiõigusi ning seetõttu võib tekkida vajadus loomevabadust piirata, lahendatakse kolmeastmelise proportsionaalsuse testi abil, mille põhiline raskuskese asub selle kolmandal, kaalumise astmel. Testi abil saab välja selgitada loomevabaduse piiramise kui teise isiku põhiseadusliku õiguse kaitsmise abinõu legitiimsuse konkreetsel juhul ning seda hoolimata loomevabaduse näiliselt absoluutsest iseloomust.<sup>27</sup> Kuigi põhjanevaid üldistusi teha ei saa ning eelistada tuleb kaasuspõhist

<sup>19</sup> Eesti Vabariigi 1920. aasta põhiseadus [kehtetu] – RT, 09.08.1920, 113/114, 243

<sup>20</sup> Eesti Vabariigi 1938. aasta põhiseadus [kehtetu] – RT, 03.09.1937, 71, 590

<sup>21</sup> Eesti Vabariigi 1933. aasta põhiseaduse muutmise seadus [kehtetu] – RT, 28.10.1933, 86, 628

<sup>22</sup> E. Maddison; O. Angelus. Das Grundgesetz des Freistaats Estland vom 15. Juni 1920. Berlin: Carl Heymanns Verlag: 1928, lk 26

<sup>23</sup> J. Kaiv, J. Klesment Eesti Vabariigi põhiseadus. Seletustega ja tähestikulise sisujuhiga varustanud J. Kaiv ja J. Klesment. Tallinn: Autorite kirjastus 1934, lk 12

<sup>24</sup> T. Annus, I. Pilving (viide 6), p 4.1-4.2

<sup>25</sup> M. Kurm. Karistusseadustiku § 178 kommentaar, p 3.3-3.4. J. Sootak, P. Pikamäe (koost). Karistusseadustik: Kommenteeritud väljaanne. 4 vlj. Tallinn: Juura 2015

<sup>26</sup> Vt sellekohast näidet käesoleva töö peatükist 2.1

<sup>27</sup> K. Möller. The Global Model of Constitutional Rights. – Oxford: Oxford University Press 2012, lk 13-14 & 180



lähenemist, tasub siiski uurida, millist kaalu peaks loomevabadus põhiõigusena proportsionaalsuse testi läbiviimisel omama. See tähendab, et kui kaalukas peaks olema eesmärk, mis õigustaks loomevabaduse piiramist. Reeglina eeldatakse, et piiriklauslita tagatud põhiõiguste piiramine peaks olema “tavapärasest” keerulisem ning põhjused selliste piirangute seadmiseks üsnagi kaalukad.<sup>28</sup> Eestis seni relevantne, konkreetselt loomevabaduse piirangute põhiseaduslikkust hindav kohtupraktika praktiliselt puudub. Eestiga peaaegu identset loomevabaduse regulatsiooni sisaldavat Saksa konstitutsiooni<sup>29</sup> ning Saksa konstitutsioonikohtu praktikat analüüsinud õigusteadlane Hannes Rosler leidnud, et kuigi ka Saksa konstitutsioon ei näe sarnaselt Eesti omale ette piiramatut loomevabadust ning loomevabadust piiravad muud konstitutsioonis sisalduvad väärtused, on loomevabadusel siiski Saksamaal erinev konstitutsiooniline staatus, seda ennekõike võrreldes tavapärase väljendusvabadusega. Loomevabadus väärib tema hinnangul saksa praktikas “kõrgendatud” kaitset ehk kollisiooni ja kaalumise olukorras erilist, suuremat kaalu.<sup>30</sup>

Siinkohal võib tekkida õigustatud küsimus, miks peaks Eesti konstitutsiooni tõlgendamisel lähtuma Saksa kolleegide väljapakutust? Minu hinnangul on selline lähenemine kohane Saksa õiguse tugevate mõjude tõttu, kuivõrd just selle riigi süsteem võeti suuresti Eesti õigusruumi ning, nagu eelnevalt viidatud, muuhulgas ka loomevabadust puudutava sätte kujundamise eeskujuks. Ka praktikas pööratakse Saksa kolleegide lahenduste ja tõlgenduste juurde. Siinkohal saab näite tuua konkreetselt loomevabaduse piiramist puudutanud tsiviilõiguslikust kaasusest – lahendades Kadri Kõusaare filmi “Magnus” puudutavat kaasust, mille täpsemad üksikasjad on avatud käesoleva magistritöö 4. peatükis, tugines esimese astme kohus konkreetselt Saksa õigusruumi praktikale, öeldes: “Sarnastel asjaoludel toimunud vaidluses on meile lähedase õigussüsteemiga Saksamaa konstitutsioonikohus leidnud /--/”<sup>31</sup>. Loomevabaduse erilist staatust on jaatatud rahvusvahelises plaanis mujalgi, ennekõike seetõttu, et loomingul kui väärtusel iseeneses on teatav “lunastav mõju” (ingl. k *redeeming value*)<sup>32</sup> ning loomingut peetakse reeglina filosoofiliselt ja sotsiaalselt väärtuslikuks nähtuseks.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> M. Ernits. Põhiseaduse § 19 kommentaar, p 3.4.1. – Ü. Madise jt (toim). Eesti Vabariigi Põhiseadus. Komm vlj, 3. vlj. Tallinn: Juura 2012

<sup>29</sup> Saksa Liitvabariigi Põhiseadus, art 5 (3) – [https://www.bundestag.de/blob/284870/ce0d03414872b427e57fccb703634dcd/basic\\_law-data.pdf](https://www.bundestag.de/blob/284870/ce0d03414872b427e57fccb703634dcd/basic_law-data.pdf)

<sup>30</sup> H. Rosler. Caricatures and satires in art law: the German approach in comparison with the United States, England and the Human Convention on Human Rights. – European Human Rights Law Review 2008/4, lk 468

<sup>31</sup> TlnRnKo 27.04.2010, 2-07-10586 (kohtuotsuse koopia autori valduses), lk 3

<sup>32</sup> J. Jaconelli. Defences to speech crimes. – European Human Rights Law Review 2007/1, lk 27

<sup>33</sup> P. Kearns (viide 5), lk 66-67

Lisaks loomingu filosoofilisele ja sotsiaalsele väärtuse on üldtunnustatud võimaliku vaba loomingu pidamine demokraatliku ühiskonna tunnuseks ja garantiiks.<sup>34</sup> Ka laiemas rahvusvahelises plaanis, sealhulgas inimõiguste kaitse tasandil, tajutakse loomevabadust demokraatliku ühiskonna tagatisena. Loomevabaduse ja õiguse avaldada oma arvamust kunstiliste väljendusviiside kaudu on ÜRO sätestanud majanduslike, sotsiaalsete ja kultuurialaste õiguste rahvusvaheline pakti<sup>35</sup> artiklis 15, täpsemalt lõikes 3, ja kodaniku- ja poliitiliste õiguste rahvusvaheline pakti<sup>36</sup> artiklis 19 lõikes 2. Neis artiklites nimetatud vabadusi peetakse demokraatia funktsioneerimise oluliseks tingimuseks, kuivõrd loomevabaduse õigusvastaseid piiranguid peetakse demokraatia arengu ja toimimise takistuseks.<sup>37</sup> Samuti tunnustab Euroopa Inimõiguste Kohus Inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni tõlgendajana kunstilise eneseväljenduse olulisust, kuna ka loomingu kaudu toimub ideede ja arvamuste vaba avaldamine ning osalemine ühiskondlikus debatis mis on demokraatliku ühiskonnakorralduse üheks olemuslikuks tunnuseks ning eelduseks.<sup>38</sup> Ka meie põhiseaduses tajutakse väljendust tema kõigis vormides, sealhulgas kunstilist väljendust, demokraatia vältimatu tagatisena, mistõttu tuleks põhiseaduse kommentaaride kohaselt väljendusvabadust “üldjuhul püüda [õiguste ja vabaduste konflikti korral] eelistada”<sup>39</sup> Eesti põhiseadust analüüsinud õigusteadlane R. Alexy on järeldanud, et kuivõrd põhiseaduse § 11 lubab põhiseaduslike õiguste ja vabaduste üksnes sellist piiramist, mis on demokraatlikus ühiskonnas vajalik, siis “/---/ [on] põhiõigused, millel on demokraatlik funktsioon, kaitstud eriti intensiivselt.”<sup>40</sup>

### 1.1.2. Loomevabaduse seos väljendusvabadusega

Põhiseaduse §-s 45 sedastatud väljendusvabadus on loomevabaduse vältimatuks eelduseks.<sup>41</sup> Väljendusvabadus on üks isiku eneseteostuse tähtsamaid eeldusi ning kunstiline väljendus omakorda üks isiku eneseteostuse olulisemaid avaldumisvorme.<sup>42</sup> Väljendusvabaduse ning loomevabaduse esemelised kaitsealad on osaliselt kattuvad – nii võib põhiseaduse teksti analüüsides öelda, et on olemas väljendust, mis ei ole looming, kuid ei ole

<sup>34</sup> H. Rosler (viide 30), lk 464

<sup>35</sup> Majanduslike, sotsiaalsete ja kultuurialaste õiguste rahvusvaheline pakt – RT II 1993, 10, 13

<sup>36</sup> Kodaniku- ja poliitiliste õiguste rahvusvaheline pakt – RT II 1994, 10, 11

<sup>37</sup> Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, Farida Shaheed The right to freedom of artistic expression and creativity, p 3 ja 86 –

[http://www.cdc-ccd.org/IMG/pdf/The\\_right\\_to\\_freedom\\_of\\_artistic\\_expression\\_and\\_creativity.pdf](http://www.cdc-ccd.org/IMG/pdf/The_right_to_freedom_of_artistic_expression_and_creativity.pdf)

<sup>38</sup> EIKo 23168/94, *Karataş v Türgi*, p 49

<sup>39</sup> R. Maruste. Põhiseaduse § 45 kommentaar, p 5. – Ü. Madise jt (toim). Eesti Vabariigi Põhiseadus. Komm vlj, 3. vlj. Tallinn: Juura 2012

<sup>40</sup> R. Alexy (viide 9), lk 42

<sup>41</sup> R. Maruste (viide 39), p 5

<sup>42</sup> K. Žurakovskaja. Liberaalsete väljendusvabaduse kontseptsioonide juriidiline teostamine. – Juridica 2007/8, lk 559

olemas loomingut, mis poleks väljendus. Põhiseaduse § 45 lg 1 sõnastus ei sea selgeid piire sellele, mida saab lugeda väljenduseks sisult või vormilt, vaid jätab mõlema kategooria puhul väljendusvabadusega kaitstu loendi lahtiseks. See tähendab, et väljendusvabaduse kaitse eelduseks ei ole väljendatu informatiivne sisu<sup>43</sup> või selle esitamine mingis kindlas vormis.<sup>44</sup> Nii on väljendusvabadusega kaitstud ka selline materjal, mis tingimata ei edasta infot või mida ei ole esitatud sõnalises, trüki- või pildiformaadis.

Samas ei ole loominguvabaduse ja väljendusvabaduse esemelised kaitsealad siiski täielikult kokku langevad. Väljendusvabadusega kaitstakse kunstilise eneseväljenduse kõrval ka sellest olemuslikult erinevaid kategooriaid, sealhulgas teaduslikku või ajakirjanduslikku eneseväljendust.<sup>45</sup> Näiteks ajakirjanduse eesmärk on pakkuda informatsiooni ja edastada päevakajalist teavet. Ehkki ka looming võib peegeldada päevakajalisi sündmusi või aktuaalseid ühiskondlikke protsesse, sisaldab see enamasti olulise komponendina lisaks ka isiklikku interpretatsiooni ning kommentaari, kuivõrd ajakirjanduse peamine ülesanne on edasi anda võimalikult tõest, filtreerimata ja moonutamata informatsiooni.<sup>46</sup> Niisamuti on laiem ka väljendusvabaduse isikuline kaitseala hõlmates “igaüht”, kuivõrd loomevabaduse isikuline kaitseala on piiritletud isikutega, kes loomingut viljelevad.<sup>47</sup> Siinkohal on oluline märkida, et iga loominguga tegev isik on samaaegselt ka “igaüks”, kuid “igaüks” ei ole alati samaaegselt loominguga tegelev isik.

Niisiis kaitseb väljendusvabaduse niinimetatud üldklausel olemuslikult mitut erinevat väljenduse liiki. Lähtuvalt eesmärgist eristatakse poliitilist, ärilist, teaduslikku ja kunstilist väljendust<sup>48</sup>, mis omakorda võivad jaguneda alaliikideks, näiteks tunnustatakse eraldi liigina kaubanduslikku eneseväljendust<sup>49</sup>. Samuti hõlmab väljendusvabadus mitmeid niiöelda “alavabadusi” nagu näiteks ajakirjandusvabadust.<sup>50</sup> Sellisena koondab meie konstitutsiooni § 45 sarnaselt Inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni artikliga 10 väga erinevaid väljenduse vorme. Euroopa Inimõiguste Kohtus on väljendusvabadust puudutavas praktikas välja kujunenud erinevate väljendusviiside hierarhia, kus teatud tüüpi väljendust – näiteks poliitilist – kaitseb kohus eriti tugevalt, kuivõrd kunstiline eneseväljendus on uurijate sõnutsi kohtu käsitles pigem vaeslapse rollis.<sup>51</sup> Samas tasub siiski mees pidada, et konventsioonis

---

<sup>43</sup> R. Maruste (viide 39), p 5

<sup>44</sup> Samas, p 9

<sup>45</sup> Samas, p 10

<sup>46</sup> Eesti ajakirjanduseetika koodeks, p 1.2 ja 1.4 – <http://www.eall.ee/eetikakoodeks.html>

<sup>47</sup> T. Annus, I. Pilving (viide 6), p 4.3

<sup>48</sup> R. Maruste (viide 39), p 5

<sup>49</sup> M. Raude. Advokaatide reklaamikeelu õiguspärasus põhiseaduse ja Euroopa Liidu õiguse valguses. – *Juridica* 2011/7, lk 497

<sup>50</sup> R. Maruste (viide 39), p 14

<sup>51</sup> P. Kearns. The Judicial Nemesis: Artistic Freedom and the European Court of Human Rights. – *Irish Law Journal* 2012/1, lk 57

puudub eraldi loomevabadust puudutav säte. Kui meilgi pole näiteks ajakirjandusvabadust ja ajakirjanduslikku eneseväljendust põhiseaduse tasandil väljaspool § 45 lõike 1 kaitseala eraldi välja toodud, siis näiteks teadus- ja kunstivabadus on lisaks kaitstud ka eraldi klausliga, mis hõlmab ka vastavalt teadusliku ja kunstilise väljenduse.<sup>52</sup> Tahes-tahtmata tekib seega küsimus, mis on olnud siin põhiseadusandja eesmärk ning kuidas tuleks põhiseaduse § 45 ja § 38 omavahelist vahekorda mõista.

Analüüsides Eesti praktikat jääb silma, et enamikel juhtudel kui loomevabaduse piiramist on ette tulnud, ei viidata põhiseaduse § 38 lõikele 1, vaid valdavalt piirduakse üksnes § 45 lõike 1 nimetamisega ning kunstiline eneseväljendus loetakse üksnes üheks väljendusvabaduse osaks. Käesolevas töös kajastatud praktiliste näidete puhul saab nimetada üksnes harvasid juhtusid kui ka § 38 lõige 1 on loomingut puudutavates küsimustes ära märgitud – näiteks on seda ühel juhul teinud Tartu Halduskohus<sup>53</sup> ning samuti toob PS § 38 välja loomingut puudutavas kommentaaris karistusseadustiku kommenteeritud väljaanne.<sup>54</sup> Samas leidub ka juhtum, kus kohus on küll korduvalt kasutanud terminit kunstivabadus, kuid on lahenduskäigus läbivalt jäänud siiski väljendusvabaduse üldklauslile viitamise juurde.<sup>55</sup> Ka õiguskirjanduses kiputakse kunstilist eneseväljendust valdavalt lugema üldise väljendusvabaduse üheks osaks.<sup>56</sup> Tõsi, viidatud näidete puhul oli analüüsi keskmes § 45 lg 1, kuid minu hinnangul ei tohiks see õigustada § 38 lg 1 eiramist. Mõned uurijad on siiski väljendusvabaduse ja loomevabaduse olemusliku eristamise vajadust ka tunnustanud. Näiteks on Madis Ernits kirjutanud: “Nii foto kui ka joonistus võivad sisaldada arvamust. Kuid siin tuleb piiritlemisel silmas pidada, et pilt on ainult sedavõrd väljendusvabaduse kaitseese, kuivõrd see ei kuulu juba kunstivabaduse (PS § 38 lg 1) alla.”<sup>57</sup>

Igal juhul tekib praktikat ja uurijate seisukohti analüüsides küsimus, kas põhiseaduse § 38 lõike 1 näol võiks tegemist olla äkki hoopis normiliiasuse olukorraga, kus põhiseadusandja on ühte ja sama õigust mitmekordselt reguleerinud? Eesti konstitutsiooni põhjalikult uurinud Robert Alexy nii ei leia. Nõnda tunnustab Alexy põhiseaduse § 38 lõikes 1 sätestatud kunstivabadust eraldi põhiõigusena, mitte ilminguna olukorrast, kus põhiseaduse § 45 lõike 1 alusel juba niigi kaitstavat õigust oleks lihtsalt uuesti üle korratud. Samas on Alexy tuvastanud normiliiasuse näiteks põhiseaduse § 39 ja põhiseaduse § 32 lõike 1 omavahelist

<sup>52</sup> T. Annus, I. Pilving (viide 6), p 2.2 & 4.1

<sup>53</sup> TrtHK, 09.06.2011, 3-11-281, p 6

<sup>54</sup> R. Kiris. Karistusseadustiku § 245 kommentaar, p 3.2.2. J. Sootak, P. Pikamäe (koost). Karistusseadustik: Kommenteeritud väljaanne. 4 vlj. Tallinn: Juura 2015

<sup>55</sup> TlnRnKo 27.04.2010, 2-07-10586 (kohtuotsuse koopia autori valduses), lk 10-13

<sup>56</sup> Nt: R. Maruste. Sõnavabadus ja selle piirid. – Juridica 2001/1, lk 16;

K. Žurakovskaja (viide 42), lk 558-560;

E. Liiv. Väljendusvabaduse ja üldiste isikuõiguste konflikt veebipäevikute ja -foorumite näitel. – Juridica 2008/7, lk 479

<sup>57</sup> M. Ernits. Avalik väljendusvabadus ja demokraatia. – Juridica 2007/1, lk 18

dünaamikat analüüsid, kus esimene viidatud sätetest reguleerib autoriõiguse kui niiöelda “erilise” omandiõiguse, kuigi Alexy sõnutsi piisaks tõhusa kaitse tagamiseks ka üksnes omandiõiguse üldisest garantiist.<sup>58</sup> Ka käesoleva töö peatükis 1.1.1. osundatud ajalooline taust kinnitab põhiseaduse koostajate soovi sätestada lisaks üldisele väljendusvabadusele muuseas ka loomingu levitamist käsitlev kunsti- ehk loomevabaduse klausel.

Kuivõrd küsimus sellest, milline põhiseaduse sätte ikkagi kaitseb loomevabadust tekitab praktikas mõnevõrra segadust, tuleb küsida, kas tulemuse mõttes on § 38 lõike 1 ja § 45 lõike 1 range eristamine üldse vajalik? See tähendab, et kas lähtumine väljendusvabaduse üldklausli asemel §-st 38 annaks praktikas loomevabaduse piiramise juhtumitele erineva lahenduse. Kui võrrelda § 38 ja § 45 tekste, siis näeme, et loomevabaduse näol on tegemist reservatsioonita ehk piiriklauslita tagatud põhiõigusega, kuivõrd § 45 puhul tuleb rääkida kvalifitseeritud reservatsiooni ehk piiriklausliga tagatud põhiõigusest.<sup>59</sup> Nagu käesolevas töös varemgi rõhutatud, ei tähenda *expressis verbis* piirangute puudumine, et loomevabadus oleks piiranguteta. Küll aga on reservatsioonita tagatud põhiõiguste kitsendatavus võrreldes reservatsiooniga põhiõiguste kitsendamisega limiteeritud<sup>60</sup> ning peaks olema raskem, kuivõrd põhiseaduse teksti autorite sihiks oli garanteerida mõned põhiõigused kõikehõlmavamalt kui teised.<sup>61</sup> Kõrvutades niisiis väljendusvabadust ja loomevabadust tuleb jõuda järeldusele, et vähemalt teoorias peaks loomevabaduse konstitutsiooniline kaitse olema tugevam, kuivõrd võimaliku piirangu põhjusena saavad kõne alla tulla üksnes teised põhiseaduse normid või muud põhiseaduslikku järku põhiväärtused.<sup>62</sup>

Eelneva valguses tuleb niisiis küsida, kas § 45 lõikes 1 toodud piirangu kvalifikatsioonide seas on mõni, mis ei ole taandatav põhiseaduse normile või põhiseadusjärku väärtusele? Näiteks ei ole avaliku korra kaitset *expressis verbis* eraldi põhiseaduse sättena välja toodud. Küll aga leiab seda uurinud Mait Laaring, et vähemalt teoreetiliselt võiks avalik kord olla ka piiriklauslita põhiõiguste puhul piirangu aluseks, kuivõrd see seondub põhiseadusliku väärtuskorra kaitsega üldiselt.<sup>63</sup> Seega, kuigi põhiseadusandja soov on olnud loomevabadust eraldi kaitsta, siis on praktikas võimalik § 45 lõikes 1 toodud piirangualuseid ilmselt maksma panna ka siis, kui lähtuda loomevabaduse puhul kitsalt §-st 38. Kuivõrd tegemist on õigusteoorias veel lahtise teemaga ning võimalik on ka vastupidise lähenemise jaatamine, tuleks minu hinnangul loomingu puhul siiski lähtuda ennekõike § 38 lõikest 1 ning selle kui piiriklauslita põhiõiguse piiramise reeglitest. Seda

<sup>58</sup> R. Alexy (viide 9), lk 90-91

<sup>59</sup> M. Ernits (viide 13), p 8.2-8.3

<sup>60</sup> R. Alexy (viide 9), lk 47

<sup>61</sup> M. Ernits (viide 13), p 8.3

<sup>62</sup> R. Alexy (viide 9), lk 47

<sup>63</sup> M. Laaring. Avaliku korra mõiste põhiseaduses. – Juridica 2012/6, lk 258 & 261

lähenemist kinnitab seegi, et loomevabadus näikse olevat üldise väljendusvabadusega *lex specialis* suhtes – näiteks mõistetakse loomevabaduse ja üldise väljendusvabaduse vahekorda selliselt Saksa konstitutsiooni puhul.<sup>64</sup>

Nii loomevabaduse kui ka väljendusvabaduse piiramise kontekstis tuleb lühidalt peatuda veel ühel teemal, mille tõstatab põhiseaduse § 45 lg 2, ehk tsensuur. Tsensuuri tuleb mõista kui väljendusvabaduse õigusvastast piirangut. Nagu on märkinud Madis Ernits: “Tsensuuri ei ole siis, kui kõik põhiõiguste adressaadid peavad kinni kõigist väljendusvabaduse riivamise formaalsetest ja materiaalistest eeldustest”<sup>65</sup>. Niisiis ei ole, nagu põhiseadus sedastab, tsensuur lubatud, kuid loomevabaduse ja väljendusvabaduse piiramine on. Nagu riigil on kohustus hoiduda tsensuurist, on tal ka kohustus kaitsta teiste isikute õigusi ja vabadusi ning selle ülesande täitmiseks võib loomevabaduse piiramine olla õigustatud.

### 1.1.3. Loomevabaduse seos põhiseaduse muude sätetega

Lisaks väga selgele seosele põhiseaduse §-s 45 sätestatud väljendusvabadusega, omab loomevabadus puutumust ka mõningate muude põhiseaduse teise peatüki sätetega. Järgnevalt on väga lühidalt neid seoseid selgitatud, kuivõrd oluliselt paremini aitavad neid kokkupuutepunkte illustreerida konkreetset näited, mis tulevad vaatluse alla käesolevas töös edaspidi. Sarnaselt mitmete teiste põhiõigustega, on ka § 38 funktsioneerimise üks peamisi tagajaid põhiseaduse § 19 lg 1, mis garanteerib igaühe õiguse teha ja tegemata jätta mida iganes<sup>66</sup>. See hõlmab ka vabaduse tegeleda loominguga või mitte või näiteks asuda põhiseaduse § 29 alusel tööle loovisikuna.<sup>67</sup> Kunstilist eneseväljendust on nimetatud ka “isiku tegevuse autonoomia üheks olulisemaks avaldumisvormiks”.<sup>68</sup> See seisukoht omakorda tugevdab loomevabaduse positsiooni üldises põhiseadustikus raamistikus. Samas on § 19 lg 1 põhiseaduse § 38 suhtes *lex generalis*, mistõttu võimaliku riive hindamise korral tuleb viidata üksnes loomevabadusele kui § 19 lg 1 suhtes spetsiifilisele põhiõigusele.<sup>69</sup> Loomevabaduse piiramise kontekstis on keskne sama sätte lõige 2, mis sätestab üldpõhimõtte piiriklauslita, sh loomevabaduse, põhiseaduslike õiguste ja vabaduste piiramiseks.<sup>70</sup> Just sellest lõikest tuleneb põhimõtte, mille kohaselt peab ka eraisikute vahelises suhtluses loomevabaduse kasutamisel asutama ja arvestama teiste inimeste õiguste ja vabadustega ning järgima seadust.

<sup>64</sup> H. Rosler (viide 30), lk 467

<sup>65</sup> M. Ernits (viide 57), lk 23

<sup>66</sup> R. Maruste (viide 4), lk 512

M. Ernits (viide 28), p 2

<sup>67</sup> T. Annus, A. Henberg, Kärt Muller. Põhiseaduse § 29 kommentaar, p 1. – Ü. Madise jt (toim). Eesti Vabariigi Põhiseadus. Komm vlj, 3. vlj. Tallinn: Juura 2012

<sup>68</sup> K. Žurakovskaja (viide 42), lk 559

<sup>69</sup> RKPJKo 3-4-1-3-09, p 16

<sup>70</sup> M. Ernits (viide 28), p 3.4.1

Olukordi, mil loomevabadus võib sattuda konflikti teiste inimeste mistahes õiguste ja vabadustega ei ole võimalik lõpuni ette näha, sestap ei saa ka käesoleva alapeatüki kontekstis kaardistada kõiki võimalikke konfliktsituatsioone ja sellest tulenevaid seoseid loomevabaduse ja mõne põhiseaduse sätte vahel. Heaks näiteks võimaliku konfliktsituatsiooni kohta on olukord, kus loomevabaduse egiidi all loodu satub konflikti teise isiku õigusega oma au ja hea nime kaitsele, mille sätestab põhiseaduse § 17.<sup>71</sup> Teine säte, millel võib olla suhteliselt sage puutumus loomevabadusega on §-s 26 sätestatud õigus perekonna- ja eraelu puutumatusele.<sup>72</sup> Loomevabaduse konfliktolukorrad nimetatud õigustega võivad tekkida ennekõike siis, kui loominguga aluseks on võetud teise isiku biograafiline materjal või kommenteeritakse selle isikuga seonduvaid sündmusi, nähtusi või muud säärast.

Lisaks eelpool nimetatud sätetele on loomevabadusega väga selges puutumuses põhiseaduse § 39, mis sätestab autori võõrandamatu õiguse oma loomingule ning riigi üldise kohustuse autori õigusi kaitsta. Selle sätte eesmärgiks on kaitsta isiku loometöö resultate olles nii põhiseaduse §-s 32 sätestatud omandipõhiõiguse suhtes erinormiks.<sup>73</sup> Loomevabadus kui isiku õigus ja vabadus loomingut produtseerida on aluseks ja eelduseks sellele, et tekiks vastavad resultaadid, mida § 39 alusel üldse kaitsta. §-s 38 sätestatud loomevabaduse ja §-s 39 sätestatud õiguse loominguga kui omandi erivormi kaitsele põhiliseks seoseks on seega nende õiguste esemeline kaitseala, kuna mõlema puhul tuleb küsida, mis on kaitse esemeks – st mis on looming ehk loometöö resultaat, mille loomist esimene vabadus tagab ja mille edasise kaitse teine vabadus annab. See aitab ilmselt seletada ka § 39 paiknemise põhiseaduses loomevabaduse järel, mitte lähestikku omandipõhiõiguse “peaklausliga” või selle osana.<sup>74</sup> Samas võib põhiseaduse § 39 olla ka iseseisvaks loominguga piirangu aluseks, kuivõrd ühe autori loominguga ei tohi sekkuda teise autori õigustesse oma loometöö resultaatidele. See puudutab näiteks plagiaadi olukordi. Lisaks on loomevabadusel seos ka omandiõiguse üldklausliga, põhiseaduse §-ga 32, kuivõrd loomevabadus kaitseb autorit reeglina ka teoste ära võtmise eest<sup>75</sup>, välja arvatud erandlikel juhtudel, kui tegemist on näiteks karistusõigusliku normi kohaselt keelatud teosega.

---

<sup>71</sup> R. Maruste (viide 16), p 6

<sup>72</sup> Relevantssed näited on toodud ennekõike käesoleva töö 4. peatükis.

<sup>73</sup> T. Annus, A. Kelli, H. Pisuke. Põhiseaduse § 39 kommentaar, p 1. – Ü. Madise jt (toim). Eesti Vabariigi Põhiseadus. Komm vlj, 3. vlj. Tallinn: Juura 2012

<sup>74</sup> R. Maruste (viide 4), lk 514

<sup>75</sup> T. Annus, I. Pilving (viide 6), p 4.2

## 1.2. Loomevabaduse kaitseala ning loomingu mõiste lihtseadustes

### 1.2.1. Loomevabaduse esemeline ja isikuline kaitseala

Loomevabaduse esemelise kaitseala piiritlemise keskmeks on küsimus sellest, mida saab lugeda põhiseaduse mõttes loominguks ehk mis on kunst selle laias tähenduses põhiseaduse mõttes? Esemelise kaitseala piiritlemine on väga tähtis ka § 38 lõike 1 isikulise kaitseala kindlaksmääramisel, sest, nagu ka põhiseaduse kommentaarides on sedastatud: “Peamised kunstivabaduse kandjad on kunstnikud – isikud, kes loovad kunstiteoseid”.<sup>76</sup> Etteruttavalt olgu öeldud, et loomevabaduse esemelise kaitseala ammendav piiritlemine ei ole käesoleva töö autori hinnangul võimalik, kuivõrd loomingu definitsiooni on praktiliselt võimatu anda. Loomingu defineerimise keerukuse on tabavalt kokku võtnud kultuuriantropoloog Ellen Dissanayake, kelle sõnutsi on kunst midagi, mida kõik tunnevad ja mille puhul saavad aru, kui nad sellega kokku puutuvad, kuid millele on praktiliselt võimatu anda terviklikku ja kõikehõlmavat definitsiooni.<sup>77</sup> Seega on selle peatüki eesmärgiks üksnes kaardistada mõningad aspektid, millest võiks loomingu määratlemisel kasu olla, kuivõrd loomingu piiritlemine mingeidki pidepunkte kasutades on õiguse jaoks oluline.<sup>78</sup>

Esiteks võiks püüda loomingu mõiste sisustamisel lähtuda ajaloolistest allikatest. Nagu alapeatükis 1.1.1. kirjeldatud, on loomevabadus olnud meie põhiseaduses sätestatud kõigi selle redaktsioonide puhul. Kuna 1920. aasta põhiseaduse lühikesed seletused viitavad üsna üheselt Saksa eeskujudele<sup>79</sup>, võiks lühidalt uurida, kuidas mõistab loomingut Saksa põhiseaduse tõlgendaja ja rakendaja. Saksa tänast ja 1920. aastal kehtinud põhiseaduse tekste<sup>80</sup> võrreldes näeme, et vastavalt artiklis 5 lõikes 3 ja artiklis 142 sätestatud kunstivabadus on neis sõnastatud praktiliselt ühtemoodi. Erinevalt meie riigikohtust on Saksa konstitutsioonikohtul avanenud võimalus loomingu defineerimiseks, seda loomevabaduse kontekstis paljutsiteeritud 1971. aastast pärinevas *Mefisto* kaasuses. Saksa kohus leidis, et kunstilise eneseväljenduse sisuks on vaba loominguline protsess, mille tulemusena kunstnik annab tajutava vormi oma tunnetele, muljetele ja kogemustele, kasutades selleks endale sobivat kommunikatiivset meediumit. Kohtu sõnutsi mängivad loomingus olulist rolli looja intuitsioon, kujutlusvõime ja teadmised, põimides selliselt tajutava ja tajumatu. Kunst ei ole

<sup>76</sup> T. Annus, I. Pilving (viide 6), p 4.2

<sup>77</sup> E. Dissanayake. What is art for? 5 tr. Seattle, London: University of Washington Press 2002, lk 3-4

<sup>78</sup> P. Lamarque, S.H. Olsen (toim). Aesthetics and the Philosophy of Art: The Analytic Tradition. An Anthology. Malden: Blackwell Publishing 2003, lk 56

<sup>79</sup> E. Maddison, O. Angelus (viide 22), lk 26

<sup>80</sup> Weimari Vabariigi 1919. aasta konstitutsioon [kehtetu] – [http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/docpage.cfm?docpage\\_id=4863](http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/docpage.cfm?docpage_id=4863); Saksa Liitvabariigi Põhiseadus, art 5 (3)



niisiis mitte kommunikatsioonitööstis, vaid vahend kunstniku individuaalsuse vahendamiseks ja väljendamiseks.<sup>81</sup>

Üritades uurida, mida meie põhiseadusandja võis konstitutsiooni tänast teksti luues kunsti- ehk loomevabaduse esemelisse kaitsealasse kuuluvaks pidada, tuleb tõdeda, et kättesaadavad ajalooallikad selle osas üldiselt kuigi palju selgust ei too – nii sisalduvad näiteks kogumikteoses “Põhiseadus ja Põhiseaduse Assamblee”<sup>82</sup> üksnes üksikud viited põhiseaduse §-le 38 ning valdavalt seonduvad need akadeemilise vabadusega. Põhiseaduse teksti analüüsinud juriidilise ekspertiisi komisjoni lõpparuandest selgub üksnes: “Kunsti defineerimine on väga raske. Vaba loometegevus, millega kunstnik muljeid, kogemusi, elamusi teatava vormidekeele kaudu esitab. Interpreteeritav eristudes loodusnähtusest, mida ei ole võimalik interpreteerida.”<sup>83</sup> See langeb kokku kultuuriteoorias kunsti ja laiemalt loomingu piiritlemiseks kasutatava hermeneutilise käsitlusega, mille kohaselt eeldab looming intuitsioonile rajatud tõlgendust ehk looming on miski, mis kutsub vaatajat “mitte ainult nägema, vaid ka silme ette manama”.<sup>84</sup> Põhiseaduse tänaste kommentaaride kohaselt on: “Kunst [on] loominguline tegevus, autori isiksuse vahetu väljendus, mille eesmärk on edastada tundeid, kogemusi või elamusi”.<sup>85</sup>

Uurides järgnevalt õiguskirjandust, tuleb tõdeda, et loomingu defineerimisega pole selles kuigi palju tegeletud. Kõige põhjalikumalt on kunstilist eneseväljendust uurinud briti õigusprofessor Paul Kearns, kes soovib loomingu defineerimisel õiguslikus kontekstis lähtuda mitte selle sisust, vaid eesmärgist. Tema sõnutsi eristab kunsti ja tavapära faktidel põhinevat väljendust kunsti võime suunata vaatajat intellektuaalsele enesessesüübimisele. Loomingul on Kearnsi järgi “kvaasi-teleoloogiline eesmärk kutsuda [vaatajas, lugejas vms] esile (üksnes) mõtisklust” ning loomingu mõtestamine eeldab selle tarbijalt “individuaalset, heuristilist ja vaba püüdlust”.<sup>86</sup> Esteetikateoorias on loomingut defineeritud kui midagi, mille eesmärgiks ja peamiseks omaduseks on rahuldada esteetilist huvi. Sellisena puudub tal muu funktsioon.<sup>87</sup> Loomingu puhul on püütud üles loetleda ka erinevaid omadusi, mis on iseloomulikud kunsti tegemisele, hindamisele ja kogemisele. Nende seas on näiteks kunstniku oskuste ja loovuse edasiandmine, originaalsus, individuaalsuse väljendus, emotsionaalne

<sup>81</sup> BVerfGE 30, 173, vnr 49. – <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv030173.html>;

Tõlkeks täiendavalt kasutatud H. Rosler (viide 30), lk 466-467

<sup>82</sup> V. Peep (toim). Põhiseadus ja Põhiseaduse Assamblee. Tallinn: Juura 1997

<sup>83</sup> Eesti Vabariigi põhiseaduse juriidilise ekspertiisi komisjoni lõpparuanne – <http://www.just.ee/et/eesti-vabariigi-pohiseaduse-juriidilise-ekspertiisi-komisjoni-lopparuanne>

<sup>84</sup> A. Laanemäe. Kulturoloogia. Tallinn: AS Kirjastus Ilo 2007, lk 250

<sup>85</sup> T. Annus, I. Pilving (viide 6), p 4.1

<sup>86</sup> P. Kearns (viide 51), lk 63

<sup>87</sup> P. Lamarque; S.H. Olsen (viide 78), lk 58

küllastumus, intellektuaalse väljakutse loomine, kujutlusvõimel põhineva kogemuse pakkumine jms.<sup>88</sup>

Eelnevat kokku võttes võib üsna kindlalt tõdeda, et loomingul puudub konkreetne definitsioon, mistõttu on õigusteaduslikust vaatepunktist tegemist määratlemata õigusmõistega<sup>89</sup>, mille sisustamine nõuab kaasuspõhist lähenemist. Üsnagi mõistlik on kasutada loomingu piiritlemiseks põhiseaduse kommentaaris välja võimalust “kaasata vajadusel kompetentsed asjatundjad”.<sup>90</sup> Eksperdi ülesanne peaks niisiis olema aidata tuvastada, kas tegemist on või ei ole loominguga. Sellist asjatundjate kaasamise võimalust on Eestis ka kasutatud – näiteks kirjanik Kaur Kenderi teksti “Untitled12” puudutavasse kriminaalprotsessi on kutsunud ekspertidena tunnistusi andma mitmeid kultuurikriitikuid, näiteks Rein Raud<sup>91</sup>, kelle ülesandeks on kohtule selgitada teksti võimalikku kirjanduslikku väärtust. Kaur Kenderi kaasusest ja teose kirjanduslikust väärtuse võimalikust rollist karistusõiguslike piirangute seadmisel tuleb käesolevas töös pikemalt juttu 3. peatükis.

Õiguskirjanduses on välja pakutud loomingu määratlemisel veel ka selle esitluskonteksti arvestamist.<sup>92</sup> Täna oludes ei ole see aga sobiv viis loomingu ja mitteloomingu eristamiseks. Nii on kasvõi internet avardanud oluliselt võimalusi loomingu avaldamiseks. Varem võis näiteks raamatu puhul selle köidetuna ja avaldatuna kättesaadavus raamatupoest või selle asumine näiteks raamatukogu ilukirjanduse osakonnas selgelt viidata sellele, et tegemist on loominguga. Nüüdisajal ei pruugita raamatut enam välja trükkida, vaid on võimalik see avaldada Internetis, näiteks blogis järjejutuna. Sama puudutab ka kujutavat kunsti – muuseumi- ja galeriikontekst annab selged viited, et esitatut tuleks tajuda kunstiteosena ja suhtuda näitusel olevasse kui loomingusse, kuid samas ei tohiks kaotada internetti või näiteks tänavale välja pandud või seal esitatav teos oma loomingulist väärtust seetõttu, et seda on esitatud väljaspool harjumuspärast konteksti.

Viimaks võib küsida, kas loomingu tingimuseks on ka näiteks selle poolt traditsioonilises mõttes esteetilise naudingu pakkumine. Tasub silmas pidada, et nüüdisaegne looming on sageli moraalipiire kompav, kaldudes sõnumi edasi andmiseks teinekord ka obstsöonsustesse, samal ajal minetamata oma sotsioloogilist või kunstilist väärtust.<sup>93</sup> Kuivõrd kunsti ülesandeks on ajalooliselt kujunenud teatud meeleseisundite esilekutsumine vaatajas siis leitakse tänases kultuuriteoorias järgmist: “/---/ esteetiline (kunstiväärtuslik) [võib] olla ka

---

<sup>88</sup> P. P. L. Tinio; J. K. Smith (toim). The Cambridge Handbook of The Psychology of Aesthetics and the Arts. Cambridge: Cambridge University Press 2014, lk 119

<sup>89</sup> T. Annus, I. Pilving (viide 6), p 4.1

<sup>90</sup> Samas

<sup>91</sup> V. Valme (toim). Kenderi protsess. Rein Raud: tabusid ei tohiks kirjanduses olla – Eesti Rahvusringhäälingu Kultuuriportaali 30.01.2017

<sup>92</sup> P. Kearns (viide 5), lk 51-52

<sup>93</sup> P. Kearns (viide 51), lk 62

teos, kus on esitletud väliselt koledat või õudset, sest just sellega põhjustatud visuaalne šokk raputab meeli kõige sügavamalt.”<sup>94</sup> Seega ei oma loomevabaduse kaitse tagamise vaatenurgast vaataja hinnangud tähendust ning kaitset vajab ja väärib ka vaatajale ebameeldiv, kole või ehmatav looming.<sup>95</sup>

Mis puudutab loomevabaduse isikulist kaitseala, siis siinkohal tuleb tõmmata selge seos loomevabaduse esemelise kaitsealaga: kui teatud väljendust saab lugeda kunstiks laias tähenduses ehk loominguks, tuleks selle autorit lugeda loomevabaduse kandjaks. Samal ajal ei tähenda see, et kõik, mida see isik väljendab oleks looming, vaid tema väljendatul on loomevabaduse kaitse üksnes niivõrd kuivõrd tema väljendatul esinevad loomingu tunnused. Teisalt aga võib teatud situatsioonide puhul tekkida ka vastupidine küsimus sellest, kas ühe või teise isiku ühiskondliku positsiooni määratlemine loovisikuna võib tähendada, et tema loodu võiks tõenäolisemalt ka loominguks olemise kriteeriumi täita. Nii kerkib küsimus, kas loojaks saaks lugeda isikut, kes on võetud mõne Eesti erialaliidu ehk loomeliidu liikmeks, mille kaudu kahtlemata tunnustatakse tema ühiskondlikku staatust loovisikuna. Näiteks võetakse Eesti Kunstnike Liidu liikmeks “/--/oma loomingulist võimekust ja aktiivsust praktikas tõestanud professionaalsed kunstnikud, kunstiteadlased ja kunstitöötajad”.<sup>96</sup> Samas on erialaliitusesse astumine vabatahtlik ja liidust on võimalik lahkuda, kaotamata seejuures oma ühiskondlikku staatust. Näiteks astus 2015. aastal Eesti Kirjanike Liidust välja Indrek Hargla<sup>97</sup>, kelle teosed on menud ning kelle loomingu kõrget kirjanduslikku taset on korduvalt erinevate preemiate kaudu tunnustatud<sup>98</sup>. Põhimõtteliselt võib isiku kuulumine loomeliitu olla vaidluse korral abiks tema loodu määratlemisele, kuid see ei ole sobilik meede lõplikult hindamaks, kas mõni isik on või ei ole kunstnik laiemas tähenduses ning kas tema produtseeritud saaks pidada loominguks. Niisamuti ei ole määrav isiku akadeemiline või professionaalne väljaõpe.<sup>99</sup>

Lisaks võib tekkida küsimus, kas oluline võiks olla hoopis inimese enesemääratlus – see tähendab, kas isik ise tajub end kunstnikuna või mitte, sest nagu eelnevalt märgitud, saab loojaks olla ka niiõelda inimene tänavalt, kellel puudub professionaalne ettevalmistus või kollegiaalne tunnustus. Nõustun siinkohal õigusteadlase Paul Kearnsi mõttega, et kuigi loomevabaduse kaitse peaks olema võimalikult lai ning seda on võimatu ammendavalt määratleda, ei tohiks anda selle õiguslikku kaitset kõigile, kes ise enda loodut kunstiks

---

<sup>94</sup> K. Kodres. Väärtused kunstis ja kunsti väärtus. – Sirp 07.04.2017

<sup>95</sup> T. Annus, I. Pilving (viide 6), p 4.1

<sup>96</sup> MTÜ Eesti Kunstnike Liit põhikiri, p 7.1 – <https://www.eaa.ee/orb.aw/class%3dfile/action%3dpreview/id%3d8463/MT%25DC%2bEesti%2bKunstnike%2bLiit%2bp%25F5hikiri.pdf>

<sup>97</sup> H. Alla. Indrek Hargla astus Kirjanike liidust välja. – Postimees 23.01.2015

<sup>98</sup> Näiteks Eesti Kultuurkapitali aastapreemia 2011. aastal – <http://kulka.ee/meist/aastapreemiad/kultuurkapitali-aastapreemiad-2011>

<sup>99</sup> T. Annus, I. Pilving (viide 6), p 4.3

peavad.<sup>100</sup> Vastasel korral devalveeruks loomevabaduse täiendava põhiseadusliku kaitse mõte ning võimalikuks saab “meelevaldselt ja tingimusteta absoluutselt kõige paigutamine kunsti mõiste alla”, mis aga muudaks loomevabaduse kaitseala piiramatuks.<sup>101</sup>

Loomevabaduse kandjateks saavad samuti olla ka juriidilised isikud, niivõrd kuivõrd juriidilised isikud saavad üldse põhiõiguste kandjaks olla.<sup>102</sup> Põhiseaduse kommentaarid nimetavad juriidilisest isikust loomevabaduse kandjatena ennekõike kunstiteoste vahendajad.<sup>103</sup> Kunstiga ja loominguga võivad puutumust omada ka esmapilgul selle valdkonnaga mitte mingit seost omavad, täiesti teistsuguse tegevusalaga ettevõtted – mõne kunstiteose näitamine ja nõnda selle avalikkusele vahendamine võib toimuda näiteks kasvõi puidutööstusega tegeleva ettevõtte kontoris. Seega tuleks ka juriidiliste isikute puhul eelistada pigem laiendavat lähenemist ning nõustuda käsitlemisega, mille kohaselt tuleb potentsiaalsete puudutatud juriidiliste isikute ring hoida lahtisena.<sup>104</sup>

### 1.2.2. Loomingu ja loovisiku mõiste Eesti seadustes

Alapeatükis 1.2.1 selgitatud põhjustel ei ole loomingu ammendav defineerimine võimalik. Seega pole üllatav, et seda, mida võiks lugeda loominguks ei ole täna ka seaduse tasandil selgelt sätestatud. Järgnevalt toon välja mõned Eesti seadused, mis omavad loominguga kokkupuutepunkte ning millest võiks siiski olla abi loomingu piiritlemisel.

Isiku loometöö resultaatid on ennekõike kaitstud intellektuaalse omandi kaitset sätestavate seadustega<sup>105</sup>, millest käesoleva töö kontekstis on kindlasti kõige relevantsem autoriõiguse seadus<sup>106</sup> (edaspidi AutÕS). Seetõttu tuleks analüüsida, kui palju võiks nimetatud seadusest olla abi loomingu mõiste praktilisel sisustamisel. Eesti õiguskirjanduses on näiteks Rait Maruste samastanud loomingu mõiste teosega autoriõiguse seaduse mõttes – nii on ta põhiseaduse § 39 sisu avades andnud ühele tekstilõigule lausa pealkirja “Looming ehk teos”<sup>107</sup>, viidates ka järgnevas tekstis selgelt loomingu ja autoriõiguse seaduse mõttes teose samasusele. Teose definitsiooni ning tunnused annavad AutÕS § 4 lõiked 1-3. Samas jätab seadus selle, mida saaks lugeda teoseks, ammendavalt määratlemata – § 4 lõikes 3 toodud loetelu teostest on näitlik ja avatud, lõppedes punktiga “muud teosed”. Juba ainuüksi

---

<sup>100</sup> P. Kearns (viide 5), lk 119

<sup>101</sup> Samas, p 4.1

<sup>102</sup> M. Ernits. Põhiseaduse § 9 kommentaar, p 5.1.3. – Ü. Madise jt (toim). Eesti Vabariigi Põhiseadus. Komm vlj, 3. vlj. Tallinn: Juura 2012

<sup>103</sup> T. Annus, I. Pilving (viide 6), p 4.3

<sup>104</sup> R. Maruste (viide 4), lk 513

<sup>105</sup> T. Annus, A. Kelli, H. Pisuke (viide 73), p 1

<sup>106</sup> Autoriõiguse seadus – RT I, 31.12.2016, 20

<sup>107</sup> R. Maruste (viide 4), lk 515

selle asjaolu tõttu ei pruugi autoriõiguse seaduse teose määratlemisest lähtumine loomingu mõiste sisustajat ammendavalt aidata, sest ühe või teise nähtuse liigitumine teose kategooria alla ei ole üheselt selge. Peale selle on oluline märkida, et autoriõiguse seadus piiritleb teose määratluse valdkondlikult, öeldes § 4 lõikes 2, et teoseks saab olla “originaalne tulemus kirjanduse, kunsti või teaduse valdkonnas”. Loomevabadus seondub aga esimese kahe välja toodud kategooriaga, puudutades kitsalt kunstilist eneseväljendust.<sup>108</sup> Teadusvaldkonda ja sellega seotud vabadusi kaitseb põhiseaduses, tõsi, sama säte - § 38, kuid sisuliselt on tegu siiski erinevate põhivabadustega.

Autoriõiguse seaduses endas on samuti liigutud sellest rangest valdkonnapõhisest kategoriseeringust eemale eelistades võimalikult laiemat lähenemist teose mõistele. Nii viitab näiteks § 3 lg 9 et teoseks on audiovisuaalne teos AutÕS § 33 mõttes. AutÕS § 33 aga sedastab: “Audiovisuaalseks teoseks loetakse mis tahes teost, mis koosneb korrapäraselt seotud kujutistest koos neid saatvate helidega või ilma helideta, ja mis on ette nähtud näitamiseks vastavate tehniliste vahenditega (kinofilm, telefilm, videofilm jne).” See tähendab, et teoseks võib olla mistahes videoklipp. Niisamuti võivad teoseks olla ka näiteks “isiklik kiri, perekonnaphoto või koerakuut”<sup>109</sup>, olenemata sellest, kas nad kuuluvad kirjanduse või kunsti valdkonda selle kitsamas mõttes. Seega on teose kategooria äärmiselt lai ning loomevabaduse esemelise kaitseala samastamine teosega autoriõiguse seaduse mõttes avaks tee loomevabaduse kaitse alla mistahes materjalile. Teose ja loomingu eristamiseks tuleks minu arvates täiendavalt hinnata eelmises alapeatükis välja toodud loomingut iseloomustavate tunnuste esinemist, näiteks autori tunnete, muljete või kogemuste vahendamist loodu kaudu või selle allumist vaataja vabale tõlgendusele. Kui samastada teos autoriõiguse seaduse mõttes loominguga täielikult, võib juhtuda, et loomevabaduse kaitse alla tuleks lubada iga kriips, juhuslik mobiiltelefonifoto või linnumaja, mis ei läheks loomevabaduse sätte kaitse-eesmärgiga kokku. Kokkuvõttes tuleb seega tõdeda, et millegi lugemine teoseks autoriõiguse seaduse mõttes ei tähenda automaatselt, et tegemist oleks loominguga, samas täidab loomingu kategooriasse liigituv eelduslikult autoriõigusega kaitstava teose kriteeriumid.

Põhiseaduslikult kaitstavat loomingut on võimalik teataval määral piiritleda ka erinevate kaunite kunstide valdkondade ehk loomealade kaudu. Näiteks omab loomevabaduse sättega selgeid seoseid Eestis tegutsev Kultuurkapital, mis toetab meie rahvuskultuuri moodustavate erinevate loomealade esindajaid. Kultuurkapitali ja loomevabaduse sätet on seostatud meie põhiseaduse mõttes juba niiöelda algusest peale, kuivõrd Kultuurkapitali

---

<sup>108</sup> T. Annus, I. Pilving (viide 6), p 4.1-4.3

<sup>109</sup> H. Pisuke. Autoriõiguse alused. Tallinn: Ellington Trükiagentuur 2006, lk 22

mainivad nii 1920. aasta põhiseaduse kui ka 1934. aasta põhiseaduse selgitused.<sup>110</sup> Nagu käesoleva töö esimeses alapeatükis mainitud, siis viitab ka tänase põhiseaduse § 38 lg 1 tõlgendus rahvuskultuuri toetamise nõudele ning praktikas toimub see läbi Kultuurkapitali. Seadusandja on piiritletud toetatavad loomealad läbi sihtkapitalide üles seadmise. KultKS § 1 lõige 1 toob välja kolm suuremat toetatavat valdkonda: kunstid, rahvakultuur ja sport. Käesoleva teema kontekstis on neist relevantne esimene. Lähtuvalt KultKS § 10 lõikes 1 toodud sihtkapitalide loeteludest on toetatavad loomealad kirjandus, helikunst, kujutav ja rakenduskunst, arhitektuur, näitekunst ja audio-visuaalne kunst. Need kategooriad võiks endale võtta ilmselt orientiiriks ka loomingu määratlemisel. See tähendab, et selleks, et saaksime rääkida loomingust, peaks see mahtuma mõne loetletud loomeala määratluse alla arvestades sealjuures, et nimetatud loomealad ise koondavad enese alla lugematuid erinevaid žanre.<sup>111</sup>

Sarnast loomealade loetelu kordab ka teine loomingu toetamisele pühendatud<sup>112</sup> seadus: loovisikute ja loomeliitude seadus<sup>113</sup> (edaspidi LLS), mille § 2 lõike 1 kohaselt on loomealadeks arhitektuur, audiovisuaalne kunst, disain, etenduskunst, helikunst, kirjandus, kujutav kunst ja stsenograafia. Sarnaselt loomevabaduse materiaalse ja isikulise kaitseala suhtega, on ka LLS § 2 lõikega 1 seostatud loovisiku mõiste ühel loetletud loovalal tegutsemisega.

---

<sup>110</sup> E. Maddison, O. Angelus (viide 22), lk 26;

J. Kaiv, J. Klesment (viide 23), lk 12

<sup>111</sup> A. Laanemäe (viide 84), lk 251-270

<sup>112</sup> Loovisikute ja loomeliitude seaduse seletuskiri (koopia autori valduses)

<sup>113</sup> Loovisikute ja loomeliitude seadus – RT I, 08.07.2016, 11

## 2. Loomevabaduse piiramine haldusõiguses

Käesoleva peatüki eesmärgiks on uurida, kuidas toimub loomevabaduse piiramine haldusõiguses. Selleks tuleb esmalt küsida, kuidas on reguleeritud haldusorgani pädevus põhiõigusi ja –vabadusi, sh loomevabadust, piirata. Haldusõiguslike meetmete puhul on kõige olulisem seadusliku aluse olemasolu ehk seadusreservatsiooni nõue, mis tuleneb põhiseaduse § 3 lõikest 1.<sup>114</sup> Seadusliku aluse nõue on laialdaselt tunnustatud konstitutsiooniline põhimõte, mille all kontinentaalsetes õigussüsteemides mõistetakse haldusorganite kohustust tegevuses lähtuda parlamentaarsetest aktidest. Selle põhimõtte järgimine legitimeerib haldusorganite tegevuse.<sup>115</sup> See omakorda tagab isikule kindluse, et haldusorgan ei lähtu oma otsuste tegemisel üksnes oma suvast ehk et haldusorgani otsus ei ole meelevaldne ning järgitakse võrdse kohtlemise printsiipi.<sup>116</sup>

Haldusmenetluse seaduse<sup>117</sup> (edaspidi HMS) § 3 lg 1 järgi peab igal haldusaktil ja -toimingul olema seaduslik alus. Sellega täpsustab ja kordab HMS põhiseaduses sätestatud üldist seaduslikkuse põhimõtet. HMS sätestab seadusliku aluse nõude absoluutsena.<sup>118</sup> Riigikohus on leidnud, et põhiõigusi puudutavates olulistest küsimustes tuleb seadusliku aluse nõuet mõista kui kohustust lähtuda seadusandja antud aktist, kuid möönnud samas lahendis, et vähem intensiivsete põhiõiguste piirangute puhul võib olla lubatud küsimuse reguleerimine ka määrusega, s.o halduse üldaktiga.<sup>119</sup> Kohtu sõnutsi peab kõik põhiõigusi puudutavad olulised küsimused langetama seadusandja ning haldusorgan põhiõiguste ja –vabaduste praktilise piirajana võib tegutseda üksnes volitusnormi alusel ja selle piirides.<sup>120</sup> Volitusnormi kohta on riigikikogus sõnastanud järgmise reegli: “/---/, mida intensiivsem on põhiõiguste riive, seda üksikasjalikum peab olema täitevvõimu tegutsemise aluseks olev volitusnorm ning seda täpsemad ka menetlusnormid”.<sup>121</sup> Lisaks peab haldusorgan silmas pidama, et põhiõigust riivava meetme puhul peavad alusnormist tulenema nii selle rakendamise tingimused kui ka see, millist meetet kasutada võib ehk meede ise.<sup>122</sup> Käesolevas peatükis uurin, milliseid võimalusi on haldusorganitele loomevabaduse piiramiseks loonud seadusandja, millised

<sup>114</sup> K. Merusk jt. Põhiseaduse § 3 kommentaar, p 2.3-2.3.2.2. – Ü. Madise jt (toim). Eesti Vabariigi Põhiseadus. Komm vlj, 3. vlj. Tallinn: Juura 2012;

A. Aedmaa, E. Lopman, N. Parrest jt. Haldusmenetluse käsiraamat. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2004, lk 274

<sup>115</sup> L. Pech. The Eclipse of the Legality Principle in the European Union. – European Law Review 2012/37(4), lk 508

<sup>116</sup> T.R.S Allan. Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law. Oxford: Oxford University Press 2003, lk 38

<sup>117</sup> Haldusmenetluse seadus – RT I, 25.10.2016, 5

<sup>118</sup> A. Aedmaa, E. Lopman, N. Parrest jt (viide 114), lk 276

<sup>119</sup> RKÜKo 3-3-1-41-06, p 21-22

<sup>120</sup> RKPJKo 3-4-1-55-14, p 46

<sup>121</sup> RKPJKo 3-4-1-42-14, p 41

<sup>122</sup> M. Ernits. Tõlgendamisest Riigikohtu praktikas. – Juridica 2010/11, lk 680-681

võivad olla alused loomevabadusele taoliste piirangute seadmiseks ning kuidas toimub seadusliku aluse nõue järgimine praktikas.

## 2.1. Loomevabaduse haldusõiguslikud piirangud põhiseaduse kontekstis

Sarnaselt muude põhiõiguste ja –vabadustega tulevad ka loomevabaduse haldusõiguslike piirangute õigustusena sisuliselt kõne alla kas teiste isikute isikuõigused, see tähendab teiste isikute põhiseadusest tulenevad subjektiivsed õigused või siis nn kollektiivsed õigushüved.<sup>123</sup> Kollektiivsete ehk ühiskondlike õigushüvede puhul võib näiteks tuua riigi julgeoleku<sup>124</sup>, kuid piirangu aluseks võivad olla ka muud kollektiivsed õigushüved<sup>125</sup>, näiteks avalik kord<sup>126</sup>. Loomingut on praktikas piiratud ka kollektiivse kõlbluse huvides, näiteks on seaduse tasandil Eestis eraldi kaitstud alaealiste kõlblus pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste leviku reguleerimise seadusega<sup>127</sup> (edaspidi PorTS), mille alusel on Kultuuriministeeriumi haldusalas loodud ka teoste sisu hindamisega tegelev vastav ekspertkomisjon. Kuigi kõlblusele tuginevaid isikute õigusi piiravaid norme leidub kõigis õigusharudes, on kõlblistel alustel konkreetset loomevabaduse piiramise kõige paremaks näiteks just nimetatud, haldusõiguse sfääri kuuluv seadus, mistõttu käsitlen kõlbluse küsimusi lähemalt just käesolevas magistritöö peatükis.

Erinevate õiguste konfliktsituatsioon peab haldusorgan lahendama kaalumise teel, võttes arvesse proportsionaalsuse, võrdse kohtlemise ja õiguskindluse põhimõtteid. Väga oluline aspekt haldusorgani poolt kaalutlusõiguse kasutamisel ja proportsionaalsuse testi läbiviimisel on kaalutluste väärtustamise küsimus.<sup>128</sup> See tähendab küsimus sellest, kui suure väärtuse ja seeläbi kaalu haldusorgan ühele või teisele õigusele või vabadusele arutluse all oleva kaasuse asjaolusid arvesse võttes annab. Sealjuures tuleb silmas pidada reeglit: “Õigusväärtus, mis on konkreetse põhiõiguse piiramise põhjuseks, peab olema sama kaaluga kui põhiõigus, mida piiratakse.”<sup>129</sup> Samuti on olulised küsimused, mida haldusorgan peaks erinevate huvide balansseerimisel ja hindamisel arvesse võtma “avalik huvi, tungiv sotsiaalne vajadus ja proportsionaalsus kui piirangu vajalikkus demokraatlikus ühiskonnas”<sup>130</sup>. Selleks, et kaalutlusi kohaselt väärtustada, tuleb need esmalt haldusorgani poolt korrektselt sisustada,

---

<sup>123</sup> R. Alexy (viide 9), lk 38

<sup>124</sup> RKPJKo 3-4-1-2-01, p 15

<sup>125</sup> RKHKo 3-3-1-11-03, p 45

<sup>126</sup> M. Laaring (viide 63), lk 248

<sup>127</sup> Pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste leviku reguleerimise seadus – RT I, 12.07.2014, 106

<sup>128</sup> A. Aedmaa, E. Lopman, N. Parrest jt (viide 114), lk 284.

<sup>129</sup> RKHKo 3-3-1-11-03, p 45

<sup>130</sup> K. Turk. Digitaalkeskkonnas isiku tuvastamise meetmete poolt ja vastu. – Juridica 2014/3, lk 186



eriti puudutab see määratlemata õigusmõisteid.<sup>131</sup> Niisiis sõltub loomevabaduse piiramine ja selliste piirangute legitiimsus esiteks suuresti sellest, kas haldusorgan tunneb ära, et tegemist on loominguga. Teiseks sõltub põhiseadusega kooskõlaline lahendus sellest, kas haldusorgan seostab loominguga ja selle piiramise korrektse põhiseaduse sättega ja lähtub piirangute seadmisel sellise põhiõiguse piiramise reeglistikust. Viimaks on oluline küsimus ka, kuidas haldusorgan loomevabadust konkreetsel juhul väärtustab ehk küsimus sellest, millisenä tajub haldusorgan konkreetsel juhul loominguga asendit ning olulisust sotsiaalses ja ühiskondlikus plaanis, näiteks loomevabaduse positsiooni demokraatia tagatisena.

Loomevabaduse piiramine haldusõiguslike meetmetega võib võtta väga erinevaid vorme. Sageli on konkreetsete reeglite kehtestamine delegeeritud kohalikule omavalitsusele. Näiteks on loomevabaduse piiramine võimalik kohaliku omavalitsuse regulatsiooniga, mis puudutab avalike ürituste korraldamist. Selliste regulatsioonide kehtestamise on seadusandja volitanud kohalikele omavalitsustele Korrakaitseaduse<sup>132</sup> (edaspidi KorS) § 59 lõikega 1. Seaduse seletuskirja kohaselt on sellise volituse eesmärgiks tagada “täielikult põhiõiguste piiramiseks põhiseadusliku seadusereservatsiooni nõue”, arvestades et ürituste läbiviimise piiramine võib riivata erinevaid põhiõigusi<sup>133</sup>, sealhulgas loome- ja väljendusvabadust kuna näiteks kultuuriürituste korraldamine seondub sageli sooviga esitada oma loomingut. Sarnaselt annab näiteks reklaamiseaduse<sup>134</sup> § 13 lõige 1 kohalikule omavalitsusele õiguse kehtestada nõuded välireklaami avalikustamise viisile ja kohale, reguleerides nii näiteks seda, millise sisuga plakateid võib linnaruumis välja panna. Kultuuriministeeriumi niinimetatud pornokomisjoni tegevuseks annab volituse PorTS § 7 lg 2.

Viimaste aastate praktikas ette tulnud loomevabaduse piiramise olukorrad puudutavad väga erineva sisuga juhtumeid: näiteks vangla poolt vangi joonistuse ära võtmist ja hävitamist, linnavara koosseisu kuuluvate ruumide rentimise keelamist punkansamblite kontserdi tarbeks ning ministeeriumi haldusalasse kuulavas kunstimuuseumis toimunud näituselt teoste eemaldamist. Kuivõrd punkansamblite kontserdi keelamise ja kunstimuuseumis toimunud näituselt teoste eemaldamise näide, nende haldusõiguslik iseloom ja õiguspärasus nõuavad pikemat analüüsi, tulevad konkreetsed juhtumid lähema vaatluse alla käesoleva töö järgmistes alapeatükkides.

Mis puudutab vangilt joonistuse ära võtmist, siis sobib see käesoleva töö autori hinnangul hästi näiteks, kui haldusorgani tegevus oli loomevabaduse piiramisel õiguspärane ja tuvastatav on piirangu seadmise õiguslik alus. Ühtlasi on see üks väheseid juhtumeid, kus

<sup>131</sup> RKPJKo 3-4-1-5-05, p 16

<sup>132</sup> Korrakaitseadus – RT I, 02.12.2016, 6

<sup>133</sup> Korrakaitseaduse eelnõu seletuskiri, lk 91 – <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/8a9c2286-06fc-65d2-957b-bd9e11a940c4/Korrakaitseadus>

<sup>134</sup> Reklaamiseadus – RT I, 11.03.2016, 7

loomevabaduse puhul on viidatud põhiseaduse §-le 38. Nimetatud intsident toimus 2010. aastal Viru vanglas, kus kinnipeetavalt võeti ära ning hävitati tema poolt joonistatud pornograafilise sisuga pilt. Selle kaasuse puhul leidis kinnipeetav, et teose ära võtmise ja hävitamisega on rikutud tema loomevabadust, vangla omakorda viitas teose ära võtmise ja hävitamise aluseks olnud vangla sisekorraeeskirjadele<sup>135</sup>, mille § 64<sup>1</sup> p 15 kohaselt ei ole pornograafilised teosed vanglas lubatud. Vangla sisekorraeeskiri on justiitsministri määrus, millest lähtumise kinnipeetavatele keelatud asjade kindlaks tegemisel sätestab vangistusseaduse<sup>136</sup> § 15 lg 3. Kohus mõõnis seda kaasust vaagides, et põhiseaduse § 38 ja 39 küll kaitsevad isiku loomevabadust ja autoriõigusi, kuid nendest sätetest tulenevad vabadused ei ole piiramatud ning tulenevalt vangla sisekorraeeskirjadest võib loomevabadust, sarnaselt muude vabadustega, kinnipeetavate puhul täiendavalt kitsendada. Kohus nentis: “Vanglas kinni peetava isiku vabadus on allutatud seaduses toodud piirangutele ja see seab kitsendused ka tema kunstivabadusele. R. B-le on Viru Vangla tutvustanud vangistusalasid õigusakte. Seega pidi ta hästi teadma, millised piirangud vanglas tema loomingule kehtivad ja seda oma tegevuses ka arvestama.”<sup>137</sup> Niisiis – kuivõrd vanglas on keelatud pornograafilised teosed tervikuna, puudutab see ka isiku enda joonistatud pilte. Seega peaks isik vanglas olles oma teoste motiivistikku ja temaatikat valides arvestama sellega, millised üldised piirangud teatud sisuga teoste omamisele vanglas kehtivad. Tegemist on põhiseaduse mõttes seadusliku vangistamisega kaasneva lisapiiranguga.<sup>138</sup> Kuigi vangla ei saa iseenesest keelata isikul loomeprotsessi mõttes valmistada ükskõik millise temaatikaga teoseid, saab ta seaduse alusel seada piiranguid sellise loomeprotsessi tulemuse hoidmisele, omamisele ja edasi andmisele.

## **2.2. Kõlbluse kaitse loomevabaduse piiramise alusena**

### **2.2.1. Kõlblus kui kaitstav õigushüve**

Üks loomevabaduse piiramise alus, millele meie seadusandja on tuginenud, on kõlblus. Arvestades selle sõna üldkeelelist tähendust<sup>139</sup>, võib eeldada, et selle all peetakse silmas ühiskonna üldise moraali kaitse vajadusest lähtuvat piirangualust. R. Alexy on välja pakkunud, et kõlbluse mõiste hõlmab õigusväliseid norme, mis põhinevad sügavatel

<sup>135</sup> Vangla sisekorraeeskiri. JMm 30.11.200 nr. 72 – RT I, 21.04.2016, 14

<sup>136</sup> Vangistusseadus – RT I, 17.12.2015, 96

<sup>137</sup> TrtHKo 09.06.2011, 3-11-281, p 6

<sup>138</sup> T. Kolk, R. Maruste. Põhiseaduse § 20 kommentaar, p 7. – Ü. Madise jt (toim). Eesti Vabariigi Põhiseadus. Komm vlj, 3. vlj. Tallinn: Juura 2012

<sup>139</sup> Eesti õigekeelsussõnaraamat – <http://www.eki.ee/dict/qs/index.cgi?Q=k%C3%B5lblus&F=M>

moraalsetel väärtustel ning mis peegeldavad ühiseid, üldtunnustatud põhiväärtusi.<sup>140</sup> Siinkohal on oluline küsimus sellest, kas kõlblust saab sellisena lugeda põhiseaduslikku järku väärtuseks, kuivõrd riigi kohustust tagada kõlbluse kaitse igal juhul põhiseadus eraldi ei sätesta. Nii ei ole selge, kas kõlblus saaks olla piirangupõhjus ka piiriklauslita põhiseaduslike vabaduste piiramisel, sealhulgas põhiseaduse § 38 lõikest 1 tuleneva loomevabaduse piiramisel. Põhiseaduslikku järku väärtused peaksid olema sellised hüved, mis on põhiseadusest tuletatavad kas põhiõiguste, põhiseaduse mitmetes sätetes või põhiseaduses mujal, ennekõike preambulis, sõnaselgelt sisalduvate väärtuste tõlgendamise teel.<sup>141</sup> Kuivõrd näiteks Alexy hinnangul kätkeb kõlblus endast ühiskonnas üldtunnustatud põhiväärtusi ning arvestades, et see on põhiseaduses kvalifitseeritud piirangualusena välja toodud viiel korral, muuseas ka PS § 45 lõikes 1 ehk üldise väljendusvabaduse piirangualusena, võiks põhimõtteliselt selle põhiseaduslikku järku väärtuseks olemist tunnustada küll.

Praktikas kõlbluse kaitse alusele piirangute seadmisel kuigi sageli ei viidata. Kuigi kõlblusnormidel on meie ühiskondliku elu reguleerimisel oma osa, on nende näol tegemist tavaõigusega sarnast positsiooni omava regulatsiooniga<sup>142</sup>, mis on positiivse õigusega võrreldes pigem tunnetuslik kategooria. Põhjus, miks seadusandja hoidub kõlblusele viidates isikuõigusi, sealhulgas ka näiteks üldist väljendusvabadust piiramast, peitub ennekõike selles, et tänapäeva ühiskonnas puuduvad üheselt määratletud moraalinormid.<sup>143</sup> Kaasaegne ühiskond on loomult pluralistlik, mistõttu esineb, kusjuures riigi poolt täiesti aktsepteeritult, väärtuste paljusust<sup>144</sup> ning niiõelda üldkehtivat väärtustikku on võrdlemisi raske tuvastada ja kirjeldada. Kuna moraal ja seeläbi kõlblus on väga tihedalt väärtuskorraga seotud, ei ole võimalik konstrueerida ka üldkehtivat kõlbluse standardit<sup>145</sup>, mille alusel piiranguid seadma hakata. Samas tuleb siinkohal siiski märkida, et riigi poolt reguleeritav kõlbluse kaitse aste ja selle alusel loomevabaduse piiramine sõltub suuresti konkreetse riigi ajaloolis-kultuurilisest taustast, seda ka üldiselt liberaalsemate lääneriikide puhul. Näiteks on Suurbritannia selgelt kristliku religioonitaustaga riigina traditsiooniliselt olnud üsna konservatiivne, mistõttu on selle riigi praktikas rida erinevaid loomevabaduse ja kõlbluse konflikti juhtumeid, kus moraal on loomevabaduse üle tugevalt prevaleerinud. Samas on seal viimasel paarikümnel aastal näha järk-järgulist loomevabaduse positsiooni tugevnemist, mis tuleb muuhulgas ka Suurbritannia ühiskonna (religioosselt) pluralistlikumaks muutumisest.<sup>146</sup>

<sup>140</sup> R. Alexy (viide 9), lk 47

<sup>141</sup> M. Ernits (viide 13), p 8.3

<sup>142</sup> M. Laaring (viide 63), lk 259

<sup>143</sup> T. Annus (viide 15), lk 317

<sup>144</sup> M. Linntam. Õigluse idee kui argument Eesti Vabariigi Riigikohtus ja Euroopa Kohtus – Juridica 2002/1, lk 3

<sup>145</sup> M. Niemeier. Nõuded õigusriiklikule politseiõigusele – proportsionaalsuse põhimõte ja Euroopa õigus – Juridica 2004/7, lk 465

<sup>146</sup> P. Kearns (viide 5), lk 184 & 187-188

Siiski on igas ühiskonnas tuvastatavad nn “punased jooned”, millest üle astumist peetakse valdava osa inimeste jaoks taunitavaks, seda ennekõike kõlbelisest aspektist. Enamasti on sellised moraalsetest kaalutlustest lähtuvad keelud leidnud tee seaduste teksti. Nii ka Eestis – näiteks on samasse perekonda kuuluvate isikute abiellumise keeld ning seeläbi seadusandja hinnang intsestile antud perekonnaseaduse<sup>147</sup> § 2 lõikes 1 või keelatud surnu mälestuse teotamine karistusseadustiku<sup>148</sup> (edaspidi KarS) §-ga 149. Ühiskonnas üsna üksmeelselt mõistetud vajadus kaitsta laste normaalset ja eakohast kõlbelist arengut on seaduse tasandil lisaks karistusõigusele tagatud pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste leviku reguleerimise seaduse regulatsiooniga, millest tuleb lähemalt juttu järgmises peatükis. Samas esineb ka olukordi, mille puhul otsest seaduse keeldu ei eksisteeri, kuigi võimalik on üldise häirivuse korral vastuolu näiteks avaliku korraga, kuid mis võivad olla moraalsest aspektist enamike inimeste jaoks siiski küsitavad - näiteks surnud loote või väljaheidete avalik eksponeerimine. Viimased näited ei ole toodud juhuslikult, pärinedes mõlemad kunstimaailmast. Esimene näide seondub kunstnik Richard Norman Gibsoni teosega “Human Earrings”<sup>149</sup> ja teine näide puudutab Eesti kunstniku Jaan Toomiku installatsiooni “15. mai-1. juuni 1992”<sup>150</sup> Samas ei toimu selliste ehmatavate võtete kasutamine kunstis ilmaasjata ja reeglina on need kunstilise sõnumi teenistuses.

Loodu kunstilist väärtust (ingl.k *artistic merit*) peetakse üldiselt väga tõsiseltvõetavaks vastuväiteks kõlbluse alusel loome- või väljendusvabaduse piiramisele. See tähendab, et kui vaidlusalusel materjalil on kunstiline väärtus ja võimalike obstsöönsuste kaasamine teenib kunstilisi eesmärke, siis selliste materjalide puhul peaks puhtkõlbelisest aspektist pigem taunitava sisu kaasamine üldjuhul olema lubatud.<sup>151</sup> Näiteks on tänapäeva kultuuriuurijate poolt tunnustust ja aktsepteerimist leidnud transgressiivne kunst, mille üheks omaduseks ongi äärmiselt häiriv ja tavamõistes ehmatav sisu või vorm ning mille eesmärk on vastanduda konservatiivsele maailmavaatele ja õhnestada ühiskonna traditsioonilist moraalset fooni.<sup>152</sup> Ka Euroopa Inimõiguste Kohus on leidnud, et väljendusvabadus, sealhulgas ka kunstiline eneseväljendus on pluralismi kui demokraatliku ühiskonna eelduse tagatis, mistõttu väärrib kaitset ka solvav, šokeeriv ja häiriv väljendus.<sup>153</sup> Sestap tasub nõustuda põhiseaduse kommentaarides väljatooduga, et meiegi konstitutsioon kaitseb šokeerivat või klassikalises

<sup>147</sup> Perekonnaseadus – RT I, 21.12.2016, 12

<sup>148</sup> Karistusseadustik – RT I, 31.12.2016, 14

<sup>149</sup> P. Kearns (viide 5), lk 33

<sup>150</sup> R. Sulbi, R. Hanson. Kunstinäituselt varastati purk ekskremendiga. – Tartu Postimees 09.11.2012

<sup>151</sup> J. Jaconelli (viide 32), lk 29-32

<sup>152</sup> K. Cashell. Aftershock: the Ethics of Contemporary Transgressive Art. London: I.B. Tauris & Co Ltd 2009, lk 1-3.

<sup>153</sup> EIKo 9815/82 *Lingens v Austria*, p 41

mõttes koledat loomingut.<sup>154</sup> Sellise loomingu puhul tuleb aga eriti teraselt jälgida, et mitte igasugune häiriv ja moraalipiire ületav käitumine ei vääri erilist põhiseaduslikku kaitset<sup>155</sup> ning samuti ei ole kaitstud seaduses sätestatud keeluga vastuollu minev looming.

Ka kaasaegse konstitutsiooniõiguse teooria keskmes on isiku autonoomia võimalikult lai tunnustamine, mistap õiguste piiramist riigi poolt moraalsetel kaalutlustel ei peeta üldiselt tänapäeva läänelikule õiguspõhile omaseks.<sup>156</sup> Ennekõike puudutab see minu hinnangul niiöelda “punasest joonest” teisele poole jäävaid olukordi ehk situatsioone, mille moraalne etteheidetavus ei ole ilmselge. Nii on meiegi seadusandja ennast üsna aktiivselt moraaliküsimuste reguleerimisest taandanud ning seeläbi on üsna ahas ka haldusõiguse rakendaja võimalus kõlblusele tuginedes loomevabadust piirata. Näiteks avalikku korda ja avalikus ruumis käitumist reguleeriva korrakaitseaduse kehtestamisel, mis oleks olemuslikult ning tuginedes ka rahvusvahelisele praktikale vast üks kõige tõenäolisem pretendent kõlbluse kaitse regulatsiooni sätestamiseks<sup>157</sup>, on eraldi rõhutanud, et selle seaduse mõttes ei ole avaliku korra mõiste seotud moraalnormidega, kuivõrd moraal ei ole vabas ja pluralistlikus ühiskonnas üheti mõistetav.<sup>158</sup> Siiski ei puudu meil moraalile tuginev seaduslik regulatsioon täielikult ning järgnevalt tutvustan kõlbluse alusel loomevabaduse piiramise ühte kõige ilmekamat näidet.

### **2.2.2. Pornograafiliste ja vägivalda või julmust propageerivate teoste levipiirang**

Pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste leviku reguleerimise seaduse kehtestamise vajaduse tingis seadusandja soov kaitsta alaealisi just kõlbelistest kaalutlustest lähtuvalt. Seaduse eesmärgiks on: “/--/ sätestada piirangud pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste levitamisel ja demonstreerimisel, et ära hoida alaealiste kõlbeline ohustamine nende teoste kaudu.” Seaduse koostajate hinnangul ei taganud toonase kriminaalkodeksi vastavasisuliste teoste alaealiste seas levitamist keelav regulatsioon piisavat kaitset, mistõttu tuli kehtestada eraldi seadus, millega “korrastatakse alaealisi kõlbeliselt ohustavate /--/ teoste levitamine ja demonstreerimine ning õiguslikud alused alaealiste kaitseks nende teoste negatiivse mõju eest, luuakse tingimused teoste sisu määratlemiseks ja tagatakse riiklik järelevalve kehtestatud

---

<sup>154</sup> T. Annus, I. Pilving (viide 6), p 4.1

<sup>155</sup> Samas

<sup>156</sup> K. Möller (viide 27), lk 46-47; 183 & 185

<sup>157</sup> M. Laaring (viide 63), lk 259

<sup>158</sup> Korrakaitseaduse eelnõu seletuskiri (viide 133), lk 19

nõuete täitmise üle.”<sup>159</sup> Seletuskirja kohaselt on selle seaduse näol tegemist põhiseaduse §-s 45 välja toodud väljendusvabaduse kõlbluse alusel piiramisega, see tähendab, et ka selle seaduse loomisel ei ole §-le 38 viidatud. Samas on seaduse seosed selle sättega ilmselged, kuivõrd nagu praktika näitab kuulub valdav osa materjali, mille levikut selle seaduse alusel reguleeritakse, loomevabaduse kaitse alla.

Mis puudutab üldist regulatsioonide seadmist ühiskondliku kõlbelisuse kaitseks, siis pidasid PortS-i koostajad vajalikuks eraldi toonitada, et tegemist ei ole vastavasisuliste teoste üldise leviku keelamist sätestava seadusega.<sup>160</sup> Sellega justkui rõhutatakse veelkord, et seadusandja aktsepteerib ja tunnustab meie ühiskonnas täiskasvanud isikute puhul ise valida, milliseid teostega nad soovivad kokku puutuda ning pornograafilise sisuga ning vägivalda ja julmust propageerivad teosed iseenesest täiskasvanute seas keelatud ei ole. Samuti tasub märkida, et pornograafiana ei tohiks mõista kõiki alastust sisaldavaid teoseid. Pornograafia levitamise keeld alaealiste seas ei nõua seda, et nende eest peaks peitma näiteks aktimaale. Nii näiteks oli kunstniku loomevabaduse ilmselgelt ebaproportsionaalse piiramisega tegu hiljutise juhtumiga Tallinna linna haldusalasse kuuluvast Salme Kultuurikeskuses, kus töötaja põhjendas aktimaalide eemaldamist kultuurikeskuse seintelt just vajadusega kaitsta keskust külastavaid lapsi. Küll likvideeriti selle juhtumi puhul ilmselgelt ebaproportsionaalsest reaktsioonist tingitud ebaõiglus pärast linnaosavanema sekkumist – teosed pandi taas välja ning kunstniku ees vabandati. Linnaosavanem leidis, et nende teoste puhul ei ole tegemist pornograafiaga, liiati kuna need olid koopiad kunstiajaloost tuntud ja tunnustatud teostest.<sup>161</sup>

Kas tegemist on pornograafiaga PortS § 2 lg 2 p 3 mõttes või seksuaalsuhteid ja alastust mittepornograafilises võtmes kujutava teosega, ei pruugi aga alati nii üheselt selge olla, sama kehtib ka vägivalda või julmuse propageerimise kohta PortS § 2 lg 4 mõttes. Vastavalt PortS § 7 lõikele 2 on esmane kohus otsustada ja hinnata, kas mõnele teosele alaealiste juurdepääsu piirata ennekoike teose levitamise tegeleval ettevõtjal. Kui ettevõtja seda ise teha ei suuda, on tal õigus taotleda teose hindamist ja sisu määratlemist vastavalt ekspertkomisjonilt, mis vastavalt PortS § 8 lõikele 1 tegutseb Kultuuriministeeriumi juures ning koosneb lõike 2 kohaselt erinevate elualade esindajatest. Olemuslikult tegeleb see komisjon eeltsensuuriga, otsustades enne teose avalikkuse ette toomist, kas ja millises mahus tuleks selle levikut piirata. Taoliste komisjonide loomine ei ole vastuolus põhiseaduse § 45 lõikes 2 sätestatud tsensuuri keeluga seni, kuni komisjon lähtub oma otsustes põhiseaduses ja

<sup>159</sup> Pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste leviku reguleerimise seaduse seletuskiri, lk 1 & 4 – <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/8f5e7d70-4883-39d7-a13f-da5acc0a05c0/Pornograafilise%20sisuga%20ja%20v%C3%A4givalda%20v%C3%B5i%20julmust%20propageerivate%20teoste%20leviku%20reguleerimise%20seadus>

<sup>160</sup> Samas, lk 1

<sup>161</sup> Salme Kultuurikeskuse töötaja tsenseeris kunstinäitust. – Postimees, Tallinn City portaal 09.06.2017

seaduses sätestatud väljendusvabaduse piiramise alustest ning on moodustatud ning toimib “demokraatlikult, sõltumatult ja professionaalselt”.<sup>162</sup> Lisaks tasub tähelepanu pöörata sellele, et komisjon oma otsustega, isegi leides, et tegemist on pornograafilise või vägivalda ja julmust propageeriva materjaliga, ei keela ühegi teose näitamist, vaid üksnes hindab teose sisu ning juhib tähelepanu teatud sisuga teoste levikule kehtivatele piirangutele<sup>163</sup> või selle võimalikule vastuolule muude seadustega<sup>164</sup>. Nii on tegemist pigem soovitusliku iseloomuga otsuseid ja arvamusi andva tööühmaga. Tõsi, komisjoni hinnangut eirates materjali leviku piiramata jätmine võib ettevõtjale vastavalt PorTS §-dele 13<sup>1</sup> ja 14 kaasa tuua sunniraha või piirangud tegevusloa kehtivusele.

Vastavalt Kultuuriministeeriumi poolt käesoleva magistritöö autorile edastatud andmetele<sup>165</sup> on alates 1998. aastast tegutsev komisjon hinnanud erinevate teoste võimaliku pornograafilist või vägivaldset sisu 26 korral ning arutluse all on olnud nii kirjandusteosed, filmid kui fotod, aga ka videomängud, reklaamid ja muu meediasisu. Nendest 12 korral on komisjon on leidnud, et tegemist on pornograafilise või vägivalda ja julmust propageeriva materjaliga, 12 korral ei ole piiramist vajavat sisu tuvastatud, ühel korral on komisjoni hinnangul tegemist olnud üksnes osaliselt pornograafilise materjaliga ning ühel korral ei olnud võimalik materjali hinnata. Ekspertiisi taotlejate hulgas on olnud nii juriidilisi isikuid kui riigiasutusi ning ühel korral on ekspertiisi taotlenud ka füüsiline isik. Ääremärkusena tasub tähele panna, et mis puudutab ekspertiisi taotlenud isikuid, on komisjon võtnud menetlusse ka riigiasutuste ja eraisikute taotlusi, kuigi PorTS § 7 lg 2 kohaselt on sellise ekspertiisi taotlemise õigus üksnes ettevõtjal. Sellega on komisjon ületanud oma pädevuse piire, kuivõrd seaduse kohaselt ei ole tegemist näiteks Politsei- ja Piirivalveametile menetluses nõu andmiseks pädeva organiga ehkki ka näiteks karistusseadustik tugineb erootika ja pornograafia mõistetes PorTS-le.<sup>166</sup> Lisaks on komisjoni ekspertiisi tulemust nimetatud kord otsuseks, kord arvamuseks, kuivõrd PorTS § 10 lg 1 viitab selgelt sellele, et komisjoni töö tulemuseks peaks olema otsus. Tõsi, suurt sisulist tähendust see ei oma.

Üldiselt aga viitab komisjoni praktika sellele, et kõikide vägivalda või seksuaalstseene sisaldavate teoste levik ei kuulu piiramisele. Nii on kunstilistel kaalutlustel või žanrilistest iseäradest lähtuvalt lubatud teostes kajastada seksuaalsust ja vägivalda ning selliste teoste

---

<sup>162</sup> R. Maruste (viide 39), p 24

<sup>163</sup> Nt Kultuuriministeeriumi pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste ekspertkomisjoni 11.05.2015 otsus teose „Inim-inetus“ sisu kohta (otsuse koopia autori valduses), p 2

<sup>164</sup> Vt näiteks Kultuuriministeeriumi pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste ekspertkomisjoni 09.03.2014 otsus teose “Untitled12” sisu kohta (otsuse koopia autori valduses), p 2

<sup>165</sup> Kultuuriministeeriumi pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste ekspertkomisjoni tööd kokkuvõttev tabel (koopia autori valduses)

<sup>166</sup> M. Kurm. Karistusseadustiku § 175 kommentaar, p 3.8.1. Sootak, P. Pikamäe (koost). Karistusseadustik: Kommenteeritud väljaanne. 4 vlj. Tallinn: Juura 2015

levik ei ole kõlbelistest kaalutlustest lähtuvalt automaatselt keelatud. Komisjon lähtub oma otsustes kitsalt PorTS § 2 lg 2 punktides 2 ja 3 toodud määratlustest, võttes muuhulgas arvesse materjali autori kunstilisi taotlusi ning hinnatava materjali iseloomu tervikuna. Näiteks on komisjon, hinnates Lars von Trieri selgelt seksuaalse temaatikaga filme “Nümfomaan I” ja “Nümfomaan II”, leidnud: “/--/ [need filmid] sisaldavad küll erootilisi ja seksuaalakte kujutavaid stseene, kuid tegemist ei ole PorTS § 1 lg 1 mõistes pornograafilise sisuga teosega.”<sup>167</sup> Hinnates õudusfilmi “Saatana tool” näitamise piiramise vajadust on komisjon nentinud: “/--/ filmi „Saatana Tool“ puhul on tegemist teosega, mis sisaldab väga palju vägivaldseid ja julmi stseene, kuid film siiski ei erine oluliselt teistest õudusfilmidest, mida Eesti telekanalid õhtuti näitavad ning mille edastamine Eestis ei ole PorTS § 1 lg 1 alusel keelatud.”<sup>168</sup> Viimase näite puhul pidas komisjon siiski vajalikuks toonitada, et ehkki teose levitamine ei ole keelatud, tuleks seda teha ajal, mil telerite ees viibib pigem täiskasvanud publik ning soovitanud telekanalil varustada film hoiatusega selle sisu kohta.

### **2.3. Avaliku korra ja teiste isikute õiguste kaitse loomevabaduse piiramise alusena**

#### **2.3.1. Avalik kord piirangu alusena Viljandi linnavalitsuse otsuse näitel**

Kõlbluse kõrval on avalik kord teine kollektiivne õigushüve, millele kaitsesele võib haldusõiguslikult loomevabaduse piiramisel tugineda. Ehkki ka avaliku korra kaitse puhul tekib küsimus selle aluseks võtmise lubatavusest loomevabaduse kui piiriklauslita tagatud põhiõiguse piiramisel, on, nagu käesoleva töö esimeses peatükis viidatud, põhimõtteliselt tunnustatud avaliku korra kaitse staatust põhiseaduslikku järku õigushüvena. Haldusõigusliku avaliku korra mõiste annab KorS § 4 lõige 1, mille kohaselt on avalik kord “ühiskonna seisund, milles on tagatud õigusnormide järgimine ning õigushüvede ja isikute subjektiivsete õiguste kaitse”. Avaliku korra mõiste on seotud objektiivse õiguskorraga ehk õigusnormidega, mis kätkevad endas õiguskorra sellist kaitset, mis on avalikes huvides.<sup>169</sup> Üldiselt on keelatud käituda teisi isikuid häirival või ohtu seadval viisil. Seda nõuet sisustatakse läbi KorS-i määratluste ja seaduse §-s 55 toodud näidisloetelu. Konkreetselt haldusõigusliku meetmena on avaliku korra alusel loomevabaduse piiramine võimalik näiteks

---

<sup>167</sup> Kultuuriministeeriumi pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste ekspertkomisjoni 20.02.2014 otsus filmide „Nümfomaan I“ ja “Nümfomaan II” sisu kohta (otsuse koopia autori valduses), p 1

<sup>168</sup> Kultuuriministeeriumi pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste ekspertkomisjoni 04.11.2013 otsus filmi „Saatana tool“ sisu kohta (otsuse koopia autori valduses)

<sup>169</sup> Korrakaitseaduse eelnõu seletuskiri (viide 133), lk 19



KorS § 59 lõike 1 alusel avalike ürituste korraldamise reguleerimisega kohaliku omavalitsuse poolt.

Avaliku ürituse korraldamisega seondub ka üks viimase aja praktikast pärinev näide, kus loomevabadust piirati haldusõiguslikult ja, võib aimata, et avalikes huvides. Nimelt keelati Viljandi linnavalitsuse otsusega linnavalitsuse poolt välja üüritavates ning linnavalitsuse enda ruumides ära kolme linnavalitsuse hinnangu kohaselt neonatsliku ansambli kontserdi korraldamine ning ühtlasi tühistati varasem ürituse korraldamiseks tehtud broneering.<sup>170</sup> Linnavalitsuse istungi protokollist nähtub, et sellise keelu seadmise aluseks oli märgukiri, kuigi selle täpsem sisu käesoleva töö autorile kättesaadavast otsuse väljavõttest ei selgu. Olemuslikult on selle olukorra puhul tegemist loome- ja väljendusvabaduse piiramisega, kuivõrd puudutatud ansamblitel ei olnud võimalik linna kui haldusorgani otsuse tõttu oma muusikalist loomingut varem kokku lepitud kontserdipaigas avalikult esitada. Tõsi, ansamblite esinemist ei keelatud tervel linna territooriumil, mistõttu riive ulatus ei ole suur. Kuivõrd riive praegusel juhul esines, analüüsin lühidalt selle situatsiooni õiguslikke aspekte.

Esmalt tuleb välja selgitada, milline on pooltevaheline õigussuhe, see tähendab, et kas üldse eksisteerib küsimuse haldusõigusliku reguleerimise olukord. Käesoleval juhul on otsustati mitte anda linnavara kontserdi korraldamiseks üürile. Viljandi linnavara valitsemise kord<sup>171</sup> on kohaliku omavalitsuse korralduse seaduse alusel kehtestatud kohaliku omavalitsuse akt, mille § 2 lõike 2 alusel on linnavara valitsejaks muuhulgas ka linnavalitsuse hallatavad asutused, kellel on pädevus otsustada linnavara kasutusse andmine otsustuskorras, kui linnavara antakse kasutusse ühekordseks ürituseks. Sakala keskus on Viljandi linna munitsipalaasutus, mis põhimääruse<sup>172</sup> § 2 lõike 1 edendab linna kultuurielu, organiseerides sama sätte lg 2 punkti 1 kohaselt selleks muuseas ka kontserte ning korraldades p 12 kohaselt asutuse kasutuses oleva linnavara kasutamist. § 4 lõike 1 kohaselt lähtub keskus vara kasutamisel ja käsutamisel Viljandi linnavara valitsemise korrast. Ruum, kus kontsert algelt pidi toimuma, kuuluski keskuse poolt hallatavate ruumide hulka.<sup>173</sup> Lõpliku otsuse langetas selles kaasuses siiski linnavalitsus, kellel on Viljandi linnavara valitsemise korra lõike 3 alusel “muudel juhtudel” otsustuspädevus linnavara kasutada andmise küsimustes. Kuigi potentsiaalse üritusekorraldajaga vahetult sõlmitav üürileping allub eraõiguse regulatsioonile, on linnavara kasutusse andmise reguleerimise ning sellega seonduvate otsuste näol

<sup>170</sup> Viljandi linnavalitsuse 16.01.2017 (protokollis märgitud vale aastanumber) istungi protokoll (protokolli koopia autori valduses), p 3.4

<sup>171</sup> Viljandi linnavara valitsemise kord – RT IV, 08.06.2012, 2

<sup>172</sup> Sakala keskuse põhimäärus – RT IV, 28.12.2013, 20

<sup>173</sup> Viljandi vana lennukitehase kontserdisaal kuulub Sakala keskuse poolt renditavate ruumide koosseisu. - <http://www.sakalakeskus.ee/teenused/>

olemuslikult tegemist avaliku ülesande täitmisega.<sup>174</sup> Seetõttu tuleb Viljandi linnavalitsuse tegevuse hindamisel lähtuda haldusmenetluse seadusega sätestatud nõuetest.

Linnavalitsuse otsuse näol on minu hinnangul tegemist haldusaktiga HMS § 51 lg 1 mõttes, kuivõrd praegusel juhul on tuvastatavad kõik haldusakti tunnused. Otsus langetati Viljandi linnavalitsuse poolt eesmärgiga reguleerida linnavara kasutusse andmist haldusvälistele isikutele ning linnavara kasutuse üle otsustamine on linnavalitsuse avalik-õiguslik ülesanne. Täpsemalt muudeti linnavalitsuse otsusega esmalt ansamblite õigus saada kontserdi korraldamiseks linnavara enda kasutusse ning seejärel välistati nende õigus saada ka edaspidi enda kasutusse linnavalitsuse või linnavalitsuse poolt renditavaid ruume. Kuivõrd otsus mõjutas haldusväliste isikute õigusi, tulnuks selle langetamisel lähtuda haldusmenetluse seaduse nõuetest. Kuna käesoleval juhul on toonud linnavalitsuse tegevus kaasa põhiõiguse riive, on eriti oluline küsimus sellest, mis võiks olla sellise haldusakti andmise faktiline ja õiguslik alus HMS § 56 lg 2 mõttes. Linnavalitsuse otsusest õiguslikku alust ei nähtu. Õigusliku aluse olemasolu kui fakti see iseenesest ei mõjuta, kuid seadusliku aluse ära märkimine on osaks haldusakti põhjendamiskohustusest.<sup>175</sup> Linnavalitsuse otsuse puhul on probleeme HMS § 56 lg 1 sätestatud põhjendamiskohustuse täitmisega tervikuna, kuivõrd otsuse napp tekst annab alust üksnes aimata, mis kaalutlustel linnavalitsus sellise otsuse langetas.

Otsuse aluseks olnud faktilise ja õigusliku aluse määratlemine on tähtis, sest linnavalitsuse ja ansamblite omavahelise vahekorra näol on tegemist nn asümmeetrilise õigussuhtega, kus üks pool, antud juhul linnavalitsus, tegutses võimupositsioonilt. Seetõttu on äärmiselt oluline, et linnavalitsuse otsused oleksid kohaselt põhjendatud ja õigusega kooskõlas. Kõige potentsiaalsemalt tuleneks Viljandi linna otsuse võimalik õiguslik alus arvatavasti just avaliku korda reguleerivatest õigusaktidest, kuivõrd linnavalitsuse eesmärk oli piirata linnavalitsuse hinnangul neonatslike ehk potentsiaalselt diskrimineeriva ja vaenu õhutava ning seetõttu sobimatu sõnumiga laulude esitamist. Võimalik, et linnavalitsuse eesmärk oli ära hoida KarS § 151 lõikes 1 nimetatud vihakõne koosseisu või KarS § 262 lõikes 1 sätestatud avaliku korra rikkumise koosseisu täitvate tegevuste ära hoidmine. Seda saab järeldada ennekõike linnaapea meediale antud selgitustest otsuse kohta<sup>176</sup>, kuivõrd linnavalitsuse otsuses toodud põhjendused on napolisõnalised. KorS § 59 lg 1 kohaselt on kohalikul omavalitsusel õigus kehtestada määrusega oma territooriumil ürituste korraldamise

---

<sup>174</sup> A. Aedmaa, E. Lopman, N. Parrest jt (viide 114), lk 251

<sup>175</sup> Samas, lk 277

<sup>176</sup> M. Tiits. Linnavalitsus keelas ruumide rentimise rassismiga seostatud bändide kontserdi korraldamiseks – Sakala 17.01.2017

nõuded. Viljandi linna avaliku ürituse korraldamise ja pidamise kord<sup>177</sup> reguleerib loa andmist ürituse korraldamiseks tervikuna, kuivõrd praegusel juhul linnavalitsus kontserdi kui sellise korraldamist ei keelanud. Niisiis jättis linnavalitsus selle juhtumi puhul sisuliselt kohaldamata iseenda poolt KorS-i alusel ning avaliku korra tagamiseks kehtestatud reeglid selle kohta, kuidas on võimalik ürituste korraldamist Viljandi linnas piirata. Linnavalitsuse eesmärkidest lähtuvalt oleks olnud kohasem meede näiteks avaliku ürituse loa andmata jätmine linna avalike ürituste korra § 7 p 3 või 4 alusel, mis lubavad loa andmisest keelduda ürituse mitesobiliku sisu või selle võimaliku seadusega vastuollu minemise tõttu. Emmale-kummale neist alustest tuginemine oleks nõudnud aga samuti põhjendamist.

Siinkohal tekibki pisut kummaline situatsioon, kus linnavalitsus, valides iseenesest vähem koormava meetme, millega kaasnes olemuslikult väiksem loomevabaduse riive võrreldes näiteks kontserdi korraldamise keelamisega terve linna territooriumil, on tekitanud olukorra, kus kontserdi korraldamiseks linnavara kasutada andmisest keeldumise seaduslik alus ja täpsed põhjendused ei ole selged. Lisaks tasub tähele panna, et meedia väitel oli kontserdi korraldajatega kokku lepitud, et üritusel ei tule esitamisele “seaduses keelatud sõnumid”, ei esitleta “keelatud sümboleid”<sup>178</sup> ning üritusele ei saa ligipääsu alaealised.<sup>179</sup> Seega on võimalik, et lisaks seadusliku aluse tõenäolisele puudumisele ei olnud otsus ei olnud samuti proportsionaalne, kuivõrd ilmselt oleks võinud seada kontserdi toimumisele vastavad lisatingimused.

Praegusel juhul kontserdikorraldajad aktsepteerisid linnavalitsuse otsust ning ei vaidlustanud seda, kuid see iseenesest ei tähenda, et otsus oleks olnud seadusliku aluse nõude ja põhiseadusest tulenevate põhiõiguste piiramise põhimõtetega kooskõlas. Haldusorgan peab oma staatusest tulenevalt põhjendama oma otsuseid kohaselt ja piisavalt ega tohi lähtuda otsustes kaalutlustest, mida seadus ette ei näe. Seda isegi olukorras, kus linnavalitsus püüab näidata üles resoluutsust vastusena väljapoolt lähtuvale survele – tulgu see siis (sotsiaal)meediast või märgukirjast.

### **2.3.2. Teiste isikute õiguste kaitse piirangu alusena Tartu Kunstimuuseumi näituse näitel**

Lisaks kollektiivsetele õigushüvede kaitse vajadusele on võimalik loomevabaduse piiramisel tugineda ka teiste isikute õiguste kaitsele. Käesoleva töö autor nendib, et järgnevalt toodud näite puhul ei pruugi olla tegemist niiõelda puhtakujulise teiste isikute õiguste kaitse

<sup>177</sup> Viljandi linna avaliku ürituse korraldamise ja pidamise kord – RT IV, 02.07.2014, 22

<sup>178</sup> Ilmselt on siin silmas peetud vihakõne regulatsiooniga vastuminevaid sõnumeid ja sümboolikat KarS § 151 lg 1 mõttes.

<sup>179</sup> M. Tiits (viide 176)

kaasusega, kuivõrd piirangu aluseks olnud kaitstavat õigushüve on konkreetsel juhul võrdlemisi keeruline tuvastada. Alapeatüki keskmeks on 2015. aastal Tartu Kunstimuuseumis aset leidnud juhtum, kus kunstinäituselt “Minu Poola. Mäletamisest ja unustamisest”<sup>180</sup> eemaldati algselt näituse teoste koosseisu kuulunud Poola kunstniku Artur Żmijewski kaks teost. Teoste eksponeerimise suhtes avaldas pahameelt MTÜ Eesti Juudi Kogukond, keda häirisid nimetatud kunstniku kaks videot, millest üks kujutas koonduslaagri gaasikambris aset leidvat kullimängu ning teine meest, kes kunstniku palvel uuendab oma käel olevat koonduslaagris tätoveeritud numbrit. Kogukond leidis, et holokausti selline kujutamine ei saa olla õigustatud kunstivabadusega ning teoste eksponeerimine ei ole aktsepteeritav, arvestades vajadust väljendada lugupidamist surnute mälestuse vastu. Teosed põhjustasid kogukonnaliikmete seas šokki ja hämmingut.<sup>181</sup> Asjasse sekkus kultuuriminister, kes pressiteate vahendusel teatas: “Näituse sünnitatud reaktsioon ja vallandunud debatt ühiskonnas suunavad meid taas ja taas küsima, kus on kunstis kunsti piirid. Loodan, et Tartu Kunstimuuseum võtab kuulda juudi kogukonna arvamust ja otsustab, kas näitusel esitatud videod on tänases kontekstis väljunud vaatajate jaoks kaasaegse kunsti piiridest.”<sup>182</sup> Esialgu muuseum vabandas ja piiras ligipääsu pahameelt tekitanud kunstiteostele – neid sai vaadata üksnes külastaja selgel soovil ning koos kuraatori selgitustega.<sup>183</sup> Selline lahendus osapooli ei rahuldanud ning pärast ministeeriumis toimunud arutelu, kus kohtusid kultuuriminister ning juudikogukonna esindajad leiti, et näitus sellisel kujul on solvav, misjärel otsustas muuseum teosed näituselt eemaldada.<sup>184</sup> Seega oli selle juhtumi puhul loomevabaduse piiramise aluseks tuginemine muuhulgas ka konkreetsete isikute solvumisele, mis kõneleb sellest, et ilmselt lähtuti kunstniku loomevabaduse piiramisel just konkreetsete isikute õiguste kaitse vajadusest, kuivõrd viiteid näiteks kõlblusele või avalikule korrale ei tehtud.

Tartu Kunstimuuseumi põhimääruse<sup>185</sup> § 1 kohaselt on tegemist Kultuuriministeeriumi hallatava riigiasutusega ning riigimuuseumiga muuseumiseaduse tähenduses, mis juhindub oma tegevuses muuseumiseaduse<sup>186</sup> (edaspidi MuuS) § 17 alusel antud põhimäärusest ning täidab muuseumina MuuS §-s 2 nimetatud avalikku ülesannet.

<sup>180</sup> Näitust “Minu Poola. Mäletamisest ja unustamisest” tutvustav tekst Tartu Kunstimuuseumi kodulehel – <http://tartmus.ee/naitus/minu-poola-maletamisest-ja-unustamisest/>

<sup>181</sup> Eesti Juudi Kogukonna 09.02.2015 pöördumine seoses näitusega “Minu Poola. Mäletamisest ja unustamisest” – <http://jewish.ee/eesti-juudi-kogukonna-poordumine/>

<sup>182</sup> Kultuuriministeeriumi 10.02.2015 pressiteade: Kultuuriministri kommentaar – <http://www.kul.ee/et/uudised/kultuuriministri-kommentaar>

<sup>183</sup> H. Mihelson. Tartu kunstimuuseumi direktor: palume vabandust kõigilt, keda väljapanek on riivanud – Postimees 10.02.2015

<sup>184</sup> Kultuuriministeeriumi 11.02.2015 pressiteade: Arutelu Tartu Kunstimuuseumi holokausti-teemalise näituse üle: näitus on solvav – <http://www.kul.ee/et/uudised/arutelu-tartu-kunstimuuseumi-holokausti-teemalise-naituse-ule-naitus-solvav>

<sup>185</sup> Tartu Kunstimuuseumi põhimäärus – RT I, 07.03.2017, 16

<sup>186</sup> Muuseumiseadus – RT I, 06.01.2016, 11

Konkreetselt on muuseumi üheks ülesandeks põhimääruse § 3 lg 2 kohaselt ka nüüdisaegse kunsti esitamine ja vahendamine avalikkusele näituste kaudu. Selle ülesande täitmine toimub praktikas läbi muuseumi näituste osakonna, mis vastavalt muuseumi põhikirja § 7 lg 1 p-le 3 kavandab näituseprogrammi ning kureerib programmi kuuluvaid näituseid. Kureerimine tähendab kunstinäituse mingi kontseptsiooni järgi koostamist<sup>187</sup> ehk teisisõnu konkreetsel näitusel osalevate teoste väljavalmimist ja paigutamist näitusesaali. Niisiis otsustab muuseum ühepoolset, milliseid näituseid oma põhimäärusest tuleneva ülesande täitmiseks korraldada ning keda sinna osalema kutsuda. Lisaks tegutseb muuseum põhimääruse § 8 lg 1 mõttes riigivarana käsitletataval pindadel ning põhimääruse § 6 p 9 kuulub muuseumivara kasutamise üle otsustamine muuseumidirektori pädevusse. See tähendab, et temal on lõppastmes õigus otsustada muuhulgas selle üle, kas mõnda teost muuseumi pindadel eksponeerida või mitte. Võib eeldada, et konkreetsel näitusel osalevate kunstnikega sõlmitakse nende teoste näitamiseks eraõiguslikud lepingud. See aga ei muuda olemuslikult eraõiguslikuks näituse korraldamisega seotud otsuseid, sealhulgas otsuseid selle üle kas ja milliseid teoseid oma põhikirjalise ülesande täitmise käigus muuseumi pindadel eksponeerida, mistõttu on need otsused avalik-õiguslikud<sup>188</sup>, kuivõrd need langetab ühepoolset avaliku ülesande täitmiseks muuseum kui riigiasutus. Minu hinnangul tegutseb Tartu Kunstimuuseum sellistel puhkudel niisiis haldusorganina HMS § 8 lg 1 mõttes.

Arvestades kunstimuuseumi spetsiifilist iseloomu professionaalse kunstile keskendunud mäluasutusena, on muuseumil eelduslikult väga lai diskretsioon otsustamaks, milliseid näituseid korraldada, selleks, et tagada muuseumiseaduse §-st 2 ja põhimääruse § 3 lõigetest 1 ja 2 tulenevate ülesannete täitmine. Sellele viitab ühest küljest ministereeriumipoolse järelevalvepädevuse ulatus, mille piirid ja sisu on ära toodud muuseumi põhikirja §-s 9. Tõsi, Kultuuriministriumil on õigus läbi viia muuseumi üle ka teenistuslikku järelevalvet, mis hõlmab Vabariigi Valitsuse seaduse<sup>189</sup> (edaspidi VVS) § 93 lg 1 kohaselt muuhulgas ka tegevuse otstarbekuse kontrolli, kuid seegi piirdub VVS § 100 lõikes 1 nimetatud aspektide kontrolliga ega võimalda kahtluse alla seada muuseumi üksnes kunstilistest kaalutlustest lähtuvalt langetatud otsuseid. Muuseumi sisulise tegevuse autonoomsusele viitab ka Tartu Kunstimuuseumi põhimääruse § 3 lg 3, mille kohaselt esitatakse iga-aastane tegevuskava Kultuuriministriumile üksnes teadmiseks, mitte aga näiteks kinnitamiseks. Seega tegutseb muuseum näituse korraldades küll haldusorganina, aga seda oma professionaalse autonoomia piires, täites endale pandud ülesannet vastavalt oma töötajate professionaalsetele hinnangutele. See tähendab, et näitusel eksponeeritava teoste koosseisu määratlemine lähtub

<sup>187</sup> Eesti keele seletav sõnaraamat – <http://eki.ee/dict/ekss/index.cgi?Q=kureerima>

<sup>188</sup> vrdl A. Aedmaa, E. Lopman, N. Parrest jt (viide 114), lk 251

<sup>189</sup> Vabariigi Valitsuse seadus – RT I, 22.06.2016, 31

üksnes kuraatori kui kunstieksperdi professionaalsetest valikutest ning sellised kunstilised valikud ei kuulu üldiselt eraldi juriidilisele hindamisele. Eelnevat silmas pidades on selle kaasuse puhul aga oluliseks aspektiks see, et kuraator ei lähtunud konkreetsete teoste näituselt eemaldamisel mitte kunstilistest motiividest, vaid olemuslikult oli tegemist siiski õigusliku küsimusega. Ka teoste eksponeerimise vastu olnud juudikogukond ise andis küsimusele juriidilise mõõtmega, küsides, kuhu tuleks tõmmata kunstivabaduse piir.

Muuseuminäituste korraldamine ja sellega seotud tegevused toimuvad haldusemenetluse mõttes toimingu vormis HMS § 106 lg 1 mõttes, kuivõrd näituste kontseptsioonide väljatöötamine ja näituste korraldamine on muuseumi kui avaliku riigiasutuse igapäevatöö.<sup>190</sup> Praegusel juhul oli tegemist olukorraga, kus muuseum, lähtudes kavandatava näituse kontseptsioonist pani välja ka käesoleva kaasuse keskmises osas olevad kaks teost, kuid otsustas need hiljem näituselt eemaldada. Loome- ja väljendusvabaduse vaatevinklist on tegemist olukorraga, kus haldusorgan lubas esialgu enda ruumides kunstiteost eksponeerida, kuid hiljem leidis, et selline väljendus ei ole nende pindadel lähtuvalt teose sisust siiski lubatud. Olemuslikult oli siin tegemist loome- ja väljendusvabaduse piiramise olukorraga, kuivõrd teoste eemaldamisega otsustati välistada nende teoste näitamine muuseumi pindadel selle näituse kontekstis ja arvatavasti ka edaspidi. Tegemist on niinimetatud väljendusvabaduse lubatavuse järelhindamise juhtumiga, kus esialgu teose esitamist lubati, kuid hiljem vastuolude tõttu mitte. Olemuslikult, põhimõtte tasandil ei lähe selline käitumine tingimata vastuollu tsensuuri keeluga. See tähendab, et järelhindamine ja selle tulemusena väljendusvabaduse piiramine on riigi institutsioonidele lubatud juhtudel, kui on vaja tagada teiste isikute õiguste kaitse.<sup>191</sup> Küll aga peaks sellise piirangu seadmiseks olema selge alus.

Kunstimuuseumi toimingud, sh näituste kureerimisega seotud tegevused, peavad HMS § 107 lg 1 kohaselt olema kooskõlas õigusaktidega ning toimingutega võib õigusi ja vabadusi piirata üksnes seaduslikul alusel. Isikul, kelle õigusi on toiminguga rikutud, on õigus nõuda HMS § 109 alusel tema õigusi rikkuva toimingu lõpetamist ning rikkumise tagajärgede kõrvaldamist. Kui lugeda nii teoste väljapanek kui nende eemaldamine toiminguks, siis näeme, et praegusel juhul tekib olukord, kus esimesel juhul leiavad juudikogukonna esindajad, et nende õigusi on riivatud, kuivõrd teisel juhul rikutakse kunstniku loomevabadust. Niisiis tekib siinkohal potentsiaalselt vastassuunaliste õiguste kaalumise olukord, kus tuleks leida proportsionaalne lahendus. Oluline on siinkohal märkida, et selleks, et saaksime rääkida õigusi rikkuvast toimingust HMS § 109 lg 1 mõttes ning selleks, et

<sup>190</sup> A. Aedmaa, E. Lopman, N. Parrest jt (viide 114), lk 481

<sup>191</sup> R. Maruste (viide 39), p 24

muuseum haldusorganina saaks läbi viia korrektset kaalumist proportsionaalsuse testi raames, peab olema tuvastatud konkreetne isik, kelle subjektiivseid õigusi toiming rikub ning see isik ise peab õigusi rikkuva tegevuse lõpetamist nõudma. See tähendab, et praeguse kaasuse valguses oleks olnud korrektne välja selgitada, millise konkreetse isiku milliseid konkreetseid õigusi on Tartu Kunstimuuseumi toiming teoste välja panemise näol rikkunud. Seda käesoleva töö autorile teadaolevalt ei tehtud, kuivõrd teoste eemaldamise aluseks olnud arutelud ministeeriumis päädisid üksnes üldiste tõdemustega, et teosed “on paljusid inimesi solvanud” ning “holokausti ja teiste inimsusevastaste kuritegude mälestus ei tohi olla solvavate tõlgenduste aluseks”.<sup>192</sup> Need vastused ei anna minu hinnangul siiski võimalust ammendavalt aru saada, kelle põhiseaduslikke õigusi konkreetse teoste eksponeerimisega rikuti, samal ajal kui isik, kelle õigusi teoste eemaldamisega piirati on teada – selleks oli kunstnik. Lisaks ei ole võimalik piisavate põhjenduste puudumise tõttu tuvastada praegusel juhul ka ühtegi muud põhiseaduse sätet või põhiseaduslikku järku õigusväärtust, mille kaitseks oleks võinud loomevabadust sellisena piirata ning samuti seaduslikku alust, kus sellise piirangu seadmise õigus konkreetset juhul tuleneks.

Selle kaasuse puhul võib käesoleva töö autori hinnangul aimata, et muuseum lähtus oma otsuste tegemisel ühest küljest üsna intensiivsest meediasurvest ning teisalt kultuuriministri üheselt mõistetavatest seisukohtadest. Mis puudutab ministri seisukohti, siis tuleks siinkohal hetkeks tagasi pöörduda ministeeriumi järelevalvepädevuse juurde. Nagu eelnevalt viidatud, on Kultuuriministeerium pädev teostama muuseumi üle muuhulgas ka teenistuslikku järelevalvet, mis VVS § 95 lõike 1 ja 2 kohaselt hõlmab ka muuseumi toimingute seadusele ja põhiseadusele vastavuse kontrolli. Arvestades ministeeriumi järelevalvepädevust, oleks pidanud minister siinkohal oma seisukohtade kujundamisel samuti lähtuma põhiseadusest. Tõdemus, et kunstil on piirid on tõsi, kuid sellega on ära tehtud niiõelda “pool tehet”, kuivõrd kunsti piiramisele seab selged põhiseadus ning lisaks ei tohi unustada seadusliku aluse nõuet. Samuti jääb selgusetuks, miks ei arvestanud ministeerium oma seisukohtade kujundamisel sellega, et muuseum tegi esialgu, ka põhiseaduse vaatevinklist hinnates, kunstniku loomevabadust arvestades proportsionaalsema otsuse, käivitades videoteosed üksnes vaataja palvel ning esitledes neid koos kuraatori selgitusega. Kuivõrd kunsti üheks olemuslikuks tunnuseks ongi selle allumine tõlgendustele, ei ole välistatud, et just koos kuraatori selgitusega avaneb teoste tegelik mõte ning selgub, kas kunstnik püüdis tõepoolest naeruvääristada holokausti või oli tal ehk hoopis teistsugune kunstiline eesmärk.

---

<sup>192</sup> Kultuuriministeeriumi 11.02.2015 pressiteade (viide 184)

### 3. Loomevabaduse piiramine karistusõiguses

Lisaks haldusõiguslikele meetmetele on võimalik loomevabaduse piiramine riigi poolt nn asümmeetrilistes õigussuhetes ka karistusõiguslikult.<sup>193</sup> Kuigi loomingu eest karistamine seondub paljudele ebademokraatlike riigikordade ja tsensuuriga, on loomevabaduse piiramine karistusõiguslike meetmetega teatud juhtudel siiski lubatud ning ei satu tingimata vastuollu põhiseaduse § 45 lõikes 2 sätestatud tsensuuri keeluga.<sup>194</sup> Näiteks on seadusandja põhiseaduse § 12 lõike 2 kohaselt kohustatud tagama rahvusliku, rassilise, usulise või poliitilise vihkamise, vägivalda ja diskrimineerimise õhutamise karistatavuse. Seadusandja saab seda teha kehtestades vastava karistusõigusliku keelunormi ning määratledes sanktsiooni, mis selle normi rikkumisega kaasneb.<sup>195</sup> See tähendab muuhulgas, et vaenu õhutavate loominguliste teoste levitamine ei ole lubatud ning on karistatav. Piltlikult öeldes ei saa looming olla karistusõiguslikus mõttes sarnane Monopoli mängust tuttava “tasuta vanglast vabanemise kaardiga”, mille puhul saab igal juhul vältida karistusõiguslikku sanktsiooni. Kuigi loomingu eesmärk võibki teatud juhtudel olla ühiskonnas juurdunud piiride lammutamine<sup>196</sup>, siis on teatud ühiskondlikud õigusväärtused, millega vastuollu minemist ei tolereerita ning mis vajavad õigustatult kõige tugevamat, s.o karistusõiguslikku kaitset.

Põhiõiguste ja -vabaduste piiramise ulatus karistusõiguslikult sõltub sellest, kui intensiivse õigusliku kaitse vajaduse seadusandja mõne konkureeriva õigushüve kaitsele omistab. See omakorda sõltub suuresti õiguspoliitikast ning kehtivast üldisest väärtuskorrast. Samas tuleb silmas pidada, et kuigi riigil on tõepoolest kohustus ka karistusõiguslike meetmetega kaitsta erinevaid individuaal- ja kollektiivhüvesid<sup>197</sup>, on karistusõiguslik sekkumine olemuslikult väga intensiivne meede, mistõttu peab põhiväärtuste ja õiguskorra kaitse toimuma karistusõiguslike meetmete abil siiski piiratult. Samuti ei tohi karistusõiguslik süsteem ulatuda üle põhikorra õigushüvesüsteemi, hakates “karistusahvarduse abil ahistama põhiõigusi, /--/ nt sõnavabadust vms”.<sup>198</sup> Nii kujutab näiteks kriminaalkaristus endast olulist riigipoolset sotsiaaleetilist etteheidet<sup>199</sup> ning peaks tulema kõne alla tegude puhul, mille etteheidetavus on ühiskondlikult üldaktsepteeritud ja ilmselge. Karistusõiguse olemuse ja piirid on hästi kokku võtnud Ene Laurits: “*Ultima ratio* põhimõttel tegutsev karistusõigus

<sup>193</sup> Siinkohal märgib autor, et viidates karistusõigusele, tulevad siin ja edaspidi käsitlemisele nii kuri- kui väärteod.

J. Sootak. Karistusõiguse revisjon kuriteo-, väärteo ja haldusõiguse piirimail. – Juridica 2013/4, lk 245

<sup>194</sup> R. Maruste (viide 39), p 24

<sup>195</sup> M. Ernits. Põhiseaduse § 12 kommentaar, p 4. – Ü. Madise jt (toim). Eesti Vabariigi Põhiseadus. Komm vlj, 3. vlj. Tallinn: Juura 2012

<sup>196</sup> K. Žurakovskaja (viide 42), lk 560

<sup>197</sup> J. Sootak. Karistusõigus. Tallinn: Juura 2010, lk 34-35

<sup>198</sup> Samas, lk 39

<sup>199</sup> J. Sootak (viide 193), lk 245



sekkub ainult siis ja ainult sel määral, mis on vajalik kõige olulisemate õigushüvede kaitseks kõige raskemate rikkumiste eest.”<sup>200</sup> Sellest lähtuvalt käsitlen käesolevas peatükis küsimusi, milliste loomevabadusega seonduvate tegevuste eest on karistusõiguslik sanktsioon ette nähtud ja kas ning millal võib loometegevus või loometegevuse tulemus oma spetsiifikast tulenevalt kujutada endast karistusõiguslikust sanktsioonist vabanemise alust. See tähendab et analüüsin näidete abil küsimust sellest, kas meie karistusõigus tunnustab vastutuse vältimise alusena loomingu kui väärtuse iseeneses niiöelda lunastavat mõju juhtudel, kui kunstiliste eesmärkide saavutamise püüdluse käigus on täidetud mõni karistusõiguse koosseis.

### **3.1. Loomevabaduse piirangud karistusseadustikus**

Loomevabaduse kontekstis saab eristada kolme tüüpi juhtumeid, kus karistusõiguslikud normid ja loomevabadus kokku puutuda võivad. Esiteks on olemas karistusõiguse norme, mida on võimalik täita üksnes loomingu enese valmistamise faktiga. Selliste koosseisude puhul kujutabki teatud sisuga loometegevuse tulemus ise karistusõiguslikus mõttes keelatud materjali – näiteks KarS § 151 lg-s 1 toodud vihakõne koosseisu täitev looming või KarS § 178 lg 1 mõttes lapspornoks kvalifitseeruv looming. Teiseks on võimalik eristada selliseid tegusid, mis seonduvad keelatud sisuga loomingu levitamisega - näiteks lapsporno kättesaadavaks tegemine KarS § 178 lg 1 mõttes või julmust propageeriva sisuga teoste näitamine alaealistele KarS § 180 lg 1 mõttes, mis hõlmab kahtlemata ka loomingulist iseloomu omavad teosed. Kolmandaks on võimalikud juhtumid, kus karistusõiguslikult potentsiaalselt etteheidetav tegu pannakse toime loomingu loomise protsessi käigus või sellega seonduvalt. See tähendab, et loominguga või selle loomise käigus võib põhimõtteliselt täita väga erinevaid suvalise teokoosseisuga deliktide objektiivseid koosseise. Eeltoodud vahetegu on oluline olukorras, kui püüda eristada, mis on karistusõiguslikus mõttes vahet näiteks raamatus lapspornograafiat sisaldavate stseenide kirjeldamisel ja olukorral, kus autori koostatud tekstis tapab üks raamatu tegelastest teise ära. Nimelt nõuab tapmise koosseisu jaatamine seda, et toime oleks pandud mõni reaalsesse maailma kandunud tegu, mille tagajärjeks on reaalse isiku surm<sup>201</sup>, kuivõrd lapspornograafia puhul piisab koosseisu tunnuste jaatamiseks üksnes teatava sisuga tegevuste kujutamisest kui faktist<sup>202</sup>.

---

<sup>200</sup> E. Laurits. Virtuaalse isiku kujutamise probleemid karistusseadustiku § 178 kontekstis. – Juridica 2014/5, lk 402

<sup>201</sup> M. Kurm. Karistusseadustiku § 113 kommentaar, p 3.1.1 & 3.2. Sootak, P. Pikamäe (koost). Karistusseadustik: Kommenteeritud väljaanne. 4 vlj. Tallinn: Juura 2015

<sup>202</sup> M. Kurm (viide 25), p 3.1-3.3

Loomevabaduse puhul tasub ajaloolises kontekstis ära märkida, et vähemalt üks muuhulgas ka loomingu sisule piiranguid seadnud karistusõiguslik keeld on viimastel aastatel karistusseadustikust ka eemaldatud. Nimelt kui varasemalt tagas riik isiku põhiseaduse §-st 17 tuleneva au ja hea nime kaitse muuseas ka karistusõiguslike meetmetega – Kriminaalkodeksi §-de 129 ja 130 kohaselt olid laim ja solvamine kriminaalkorras karistatavad<sup>203</sup> – siis alates 2002. aastast laimu ning teise isiku au ja väärkuse alandamisega kriminaalvastutust ei kaasne. Kuigi ajalooliselt on sellised sätted sisaldunud enamike riikide karistusseadustikes, seostatakse neid peamiselt ajaga, mil demokraatia ja sõnavabadus ei omanud tänapäevaga võrreldavat kaalu.<sup>204</sup> Võimalikult avarat loomevabadust peetakse demokraatliku ühiskonna vältimatuks eelduseks.<sup>205</sup> Sestap on mõisteta ja tervitata, et üritades kaasas käia kaasaegse euroopaliku väärtus- ja õigusruumiga<sup>206</sup>, otsustas Eesti seadusandja õiguspoliitilise sammuna need koosseisud dekriminaliseerida, jättes eraisikute au ja väärkuse kaitse tsiviilõiguse ülesandeks.

Samas, nagu ennegi toonitatud, ei tähenda väljendusvabaduse ning loomevabaduse avar kaitse õigust öelda või esitada absoluutselt kõike. Karistusõiguslik piirang teatud sisuga eneseväljendusele sisaldub näiteks karistusseadustiku §-s 151, mille kohaselt on keelatud tegevused, millega avalikult on kutsutud üles vihkamisele, vägivallale või diskrimineerimisele seoses rahvuse, rassi, nahavärvi, soo, keele, päritolu, usutunnistuse, seksuaalse sättumuse, poliitiliste veendumuste või varalise või sotsiaalse seisundiga, kui sellega on põhjustatud oht isiku elule, tervisele või varale. Eestis seni ainus Riigikohtu praktikasse jõudnud vaenu õhutamise kaasus puudutas justnimelt interneti riputatud teksti, mis võib kvalifitseeruda loominguks, kuivõrd see põhines autori maailmanägemusel ja tunnetusel ning fantaasial. Selle kaasuse puhul ei olnud teksti loominguline staatus põhiküsimuseks, kuid teksti loomingulist iseloomu möönis maakohus<sup>207</sup> ning oma eriarvamuses Riigikohtu kohtunikud Lea Kivi ja Jüri Ilvest.<sup>208</sup> Vihakõne koosseisu seostatakse ennekõike avalikkusele kättesaadavaks tehtud suuliste või kirjalike tekstidega, piltide ja videotega või mingit tähendusvarjundit omavate žestidega, millega kutsutakse üles vaenule.<sup>209</sup> Sellised žanrid ja tegevused seonduvad sageli ka loominguliste kategooriatega. Laskumata täpsemalt vihakõne objektiivse ja subjektiivse koosseisu detailidesse, on oluline siinkohal märkida, et vihakõne puhul tuleb mingi tegevuse

<sup>203</sup> Kriminaalkodeks [kehtetu] – RT 1992, 20, 288

<sup>204</sup> R. Maruste (viide 56), lk 18

<sup>205</sup> H. Rosler (viide 30), lk 464

<sup>206</sup> J. Laffranque. European Human Rights Law and Estonia: One- or Two-way Street? – *Juridica International* 2015/23, lk 10

<sup>207</sup> RKKKo 3-1-1-117-05, p 2

<sup>208</sup> RKKKo 3-1-1-117-05 Riigikohtunike Lea Kivi ja Jüri Ilvesti eriarvamus, p 3

<sup>209</sup> J. Tehver. Karistusseadustiku § 151 kommentaar, p 3.4. Sootak, P. Pikamäe (koost). Karistusseadustik: Kommenteeritud väljaanne. 4 vlj. Tallinn: Juura 2015

kategoriseerimiseks KarS § 151 lg 1 alusel etteheidetava süüteona muuhulgas hinnata ka sellise üleskutse esitamise konteksti.<sup>210</sup> Kohtupraktikas on konteksti näitena toodud ajakirjanduslikus korras üleskutse vahendamist, kus ajakirjanik üksnes edastab kellegi teise mõtteid.<sup>211</sup> Põhimõtteliselt võib siinkohal küsida, kas selline konteksti arvestades vastutusest vabastamine võiks teatud juhtudel kõne alla tulla ka loomingu puhul? Näiteks kui kunstnik vahendab oma loomingus kellegi teise mõtteid või näitleja esitab teatrilaval kellegi teise teksti. Sellele küsimusele tänases õiguskirjanduses ja kohtupraktikas vastust ei ole.

Teine karistusõiguslik piirang teatud sisuga loomingu valmistamisele tuleneb karistusseadustiku alaealiste vastu toime pandud süütegusid käsitlevast jaotisest. Nimelt viitab kõige konkreetsemalt erinevatele loomingu vormidele karistusseadustiku lapsporno valmistamist ja levitamist puudutav säte, KarS § 178 lg 1, mille kohaselt on keelatud lapsi kujutava pornograafilise või erootilise sisuga pildi, kirjutise või muu teose või selle reproduktsiooni valmistamine, omandamine või hoidmine, teisele isikule üleandmine, näitamine või muul viisil kättesaadavaks tegemine. Seega puudutab see säte kõige vahetumalt loominguga seonduvaid kategooriaid nagu näiteks kirjandus, fotograafia, kujutav kunst jms. Käesoleva magistritöö kirjutamisega paralleelselt on käimas üks Eesti viimase aja kõmulisemaid ja väga palju vastakaid arvamusi tekitanud kohtuprotsesse, kus kohus peab hindama, kas kirjanik Kaur Kenderi tekst "Untitled12" tuleks kvalifitseerida lapspornoks KarS § 178 lg 1 mõttes. Selle kaasuse puhul tõusevad teravalt esile erinevad loomevabaduse ja karistusõiguslike piirangute kokkupuutepunktid. Näiteks küsimus sellest, kas millegi kvalifitseerimine loominguks, see tähendab Kenderi kirjutatud teksti kunstiline väärtus võiks olla vastutusest vabastamise alus. Arvestades lapsporno sätte tänast tõlgendust<sup>212</sup>, näikse lühike vastus olevat ei. Samas, nagu illustreerib käesolevas töö järgmises alapeatükis analüüsitud teose "Eesti lipp" näide, ei ole tegevuse kunstilise iseloomu arvestamine karistusõigusliku vastutuse puhul meie praktikas täiesti võõras. Samuti on loomevabaduse ja lapsporno keelu vahekorra paika panemisel oluline küsimus sellest, millist õigushüve kohtu hinnangul antud sättega kaitstakse. See eeldab muuhulgas vastamist küsimusele, kuivõrd peaks olema taunitav puhtalt autori fantaasial baseeruv, mitte reaalseid isikuid kaasav lapspornot sisaldav teos. Kenderi kaasusest tuleb lähemalt juttu alapeatükis 3.3.

Näiteks selle kohta, kus karistusõiguslikult potentsiaalselt etteheidetav tegu pannakse toime loomingu valmistamise või selle esitlemise käigus, sobib KarS § 262 lõikes 1 nimetatud avaliku korra rikkumise keeluga vastuollu minek. Siinkohal on võimalik Eesti praktikast näiteks tuua kaks loominguga seonduvat näidet – politsei sekkumine kunstnik Fideelia-Signe

---

<sup>210</sup> Samas, p 5

<sup>211</sup> RKKKo 3-1-1-117-05, p 23

<sup>212</sup> M. Kurm (viide 25), p 3.1-3.3

Rootsi *kestvperformance*-sse ning Kristina Normani kunstiaktsiooni peatamine seoses avaliku korra rikkumisega. Neid näiteid tutvustan lähemalt töö järgmistes alapeatükkides.

Eeltoodud näidetele vaatamata ei saa ammendavalt loetleda kõiki võimalikke karistusõiguslikke sätteid, millega loomingul võiks puutumus olla, kuivõrd põhimõtteliselt võib looming, selle valmistamise või esitlemise protsess sattuda puutumusse väga erinevate karistusõiguslike keelunormidega. Mis puudutab võimalikke meetmeid, mida saab loominguga mõnd karistusseaduses sätestatud keeldu rikkunud isikut karistada, siis lisaks vastavas sättes nimetatud kriminaal- või väärteokaristusele on võimalik ka süüteo vahendi ja vahetu objekti konfiskeerimine KarS § 83 lg 1 kohaselt, mis võib teatud juhtudel tähendada kunstnikult tema loomingu füüsilist ära võtmist. Näiteks kui see juhtub olema süüteo toimepanemise vahend.

### **3.1. Tegevuse loominguline iseloom karistusõigusliku vastutuse välistamise alusena**

#### **3.1.1. Etteheite puudumise alusena kunstivideo “Eesti Lipp” näitel**

Küsimus sellest, kas millegi liigitumine kunstilise eneseväljenduse alla võiks kujutada endast karistusõiguslikus mõttes vastutust välistavat aspekti on tõusnud eriti teravalt päevakorda seoses Kaur Kenderi teksti puudutava kaasusega. Iseenesest ei ole tegemist loomevabaduse piire analüüsivale õiguskirjandusele ja maailma kohtupraktikale võõra küsimusega, kuivõrd käsitlemist on leidnud loomingu niiöelda “lunastav iseloom” kui vastutusest vabastamise alus.<sup>213</sup> Nagu eelpool viidatud õiguskirjandusest selgub, tajutakse neil puhkudel seda, et loometegevus hõlmab endast “midagi veel”, see tähendab, et niiöelda puhtalt karistusõiguslikult etteheidetavad tegevused on teatud juhtudel loomingus lubatud, kuivõrd looming ise kujutab endast ühiskonnale olulist iseseisvat väärtust. Sestap on karistusõiguslike piirangute teema kontekstis õigustatud küsimus, kuidas on sellise vastuväite arvestamisega lood Eesti praktikas?

Kuivõrd loomevabadust puudutavat kohtupraktikat on meil üsna vähe, siis ei ole kohtul avanenud seni võimalust hinnata ka kunstiteose loomingulist iseloomu kui karistusõiguslikku vastutust välistavat aspekti. Samas on teada vähemalt üks juhtum, kus seda küsimust on pidanud analüüsima kohtuväline menetleja, käesoleval juhul prokuratuur. See on märgiline kaasus arvestades, et selle teosega seonduv prokuratuuri seisukoht on läbi

---

<sup>213</sup> J. Jaconelli (viide 32), lk 27;

L. Glass. Redeeming Value: Obscenity and Anglo American Modernism. – Critical Inquiry (University of Chicago Press) 2006/32(2), lk 341

karistusseadustiku kommentaaride leidnud tee meie õiguse tõlgendamise allikasse ning väärib seetõttu lähemat uurimist.

Nimetatud kaasuse keskmeks oli kunstnik Fideelia-Signe Rootsi videoteos “Eesti lipp”. Täna internetist kättesaadava video<sup>214</sup> sisuks oli kunstniku ning koera omavaheline mäng, kus kunstnik ja koer rebivad omavahel Eesti lippu. Koer rebib lippu hammastega ning hiljem ka tallab selle peal. Selle video peale tehti politseile avaldus, misjärel algatati kunstniku suhtes kriminaalasi KarS § 245 lg 1 alusel, mis sätestab Eesti Vabariigi ametliku sümboolika teostamise keelu. Kriminaalasi hiljem siiski lõpetati kriminaalmenetluse aluse puudumise tõttu. Menetluse lõpetamise põhjenduseks olid toodud ka KarS-i kommentaarides kajastatud kaalutlused<sup>215</sup>, mille kohaselt kunstivabadus kaalub üles põhiseaduse Eesti sümboolikat käsitleva sättes, PS §-s 7, nimetatud väärtused. Riigiprokuratuur küsis siinkohal arvamust Riigikantseleilt, kes annab selgitusi Eesti lipu kasutamise korra ja hea tava kohta ning kes selle kaasuse puhul leidis: “Antud juhul tuleb aga arvestada ka põhiseadusega kaitstud kunstivabadust, mis ei ole Eesti lipu seadusega piiratud. Kunstivabaduse piirangud on võimalikud konkureerivate põhiseaduslike väärtuste alusel, mis kaaluvad kunstivabaduse üles /---/. Valitsevate väärtushinnangute kohaselt ei kaalu aga [põhiseaduse] paragrahvis 7 nimetatud väärtused kunstivabadust üles”. Seepeale leidis riigiprokuratuur, et samadel kaalutlustel puudub alus karistada kunstnikku karistusõiguslikult.<sup>216</sup>

Need seisukohad on kantud ka KarSi kommentaaridesse. Kommentaarid täpsustavad, et seda, kas tegemist on kunstiga ehk mida saab selle koosseisu hindamise puhul lugeda teoks, millele laieneb kunstivabaduse kaitseala, tuleb igal üksikjuhtumil eraldi hinnata.<sup>217</sup> Vahemärkusena tasub tähele panna, et karistusseadustiku kommentaarides viidatakse muuhulgas ka põhiseaduse §-le 38 ja seotakse tegevuse iseloom ennekõike selle sätte kaitsealaga. Nii tuleb minu hinnangul ka karistusseadustiku mõttes lähtuda kunsti mõiste laiemast keelelisest tähendusest ehk koosseisupärase teo välistamiseks on võimalik tugineda kõigile põhiseaduse § 38 lg 1 esemelise kaitsealaga kaetud tegevustele. Seos Fideelia-Signe Rootsi juhtumi ja karistusseadustiku kommentaaride sisu kujunemise vahel on ilmne, kui võrrelda 2009. aasta ning 2016. aasta KarS-i kommentaaride tekste. Põhimõtteliselt möönis ka KarS-i varasem kommenteeritud väljaanne, et sümboolika teotamise puhul võib tegevuse kunstilist iseloomu arvesse võtta, kuid kommentaaridest ei selgu kuigi üheselt, mida selline arvesse võtmine võiks vastutuse kontekstis kaasa tuua ja miks selline erand on võimaldatud, kuivõrd tolleaegsed kommentaarid sedastasid üksnes: “Ametlike sümbolite muutmise puhul ei

<sup>214</sup> Kunstnik Fideelia-Signe Rootsi koduleht – [http://fideelia.future.ee/kunst/videod/lipp/eestilipp\\_tekst.html](http://fideelia.future.ee/kunst/videod/lipp/eestilipp_tekst.html)

<sup>215</sup> R. Kiris (viide 54), p 1

<sup>216</sup> Lõuna Ringkonnaprokuratuuri 14.02.2010 väljastatud kriminaalmenetluse lõpetamise määrus (määruse koopia autori valduses), lk 1-2

<sup>217</sup> R. Kiris (viide 54), p 3.2.2

saa välistada võimalust, et taotletud on kunstilisi eesmärgid. Üksikjuhul tuleb otsustada, kas tegemist on kunstiga või mitte”.<sup>218</sup>

Selle kaasuse varal saab seega väita, et põhimõtteliselt ei ole tegevuse loomingulise iseloomu arvesse võtmine ja seeläbi loomingu lunastava mõju kontseptsioon karistusõigusliku sanktsiooni kohaldamise otsustamisel meie karistusõigusele võõras olgugi, et *expressis verbis* seda seaduse tekstis ei sisaldu. Küll aga tuleb silmas pidada, et vastava otsuse tegemisel on lähtutud õigushüvede võrdlemisest ja kaalumisest. See tähendab, et ilmselt peaks ka muude sätete puhul sama põhimõtte kohaldamiseks olema karistusõigusliku sättega kaitstav õigushüve väiksema kaaluga kui loomevabadus. Kuivõrd meil selgelt välja kujundatud õigushüvede hierarhia puudub, tuleb rahulduda kaasuspõhise lähenemisega ja üldistavaid järeldusi siinkohal teha ei saa. Kindlusega saab märkida, et ilmselged kõige tugevamalt kaitstud õigushüved, mida kunstivabadus üles kaaluda ei saa, on inimväärikus<sup>219</sup> ja inimese elu<sup>220</sup>.

### 3.1.2. Süü puudumise alusena *performance*-i “Äng” näitel

Teinegi näide, kus menetleja on arvesse võtnud teo etteheidetavuse hindamisel muuhulgas ka tegevuse loomingulist iseloomu seondub kunstnik Fideelia-Signe Rootsi tegevusega. Selle kaasuse keskmes oli avaliku korra rikkumine kunstiperformance'i käigus. Kuivõrd kaasaegne looming kasutab “sõnumi kohale toimetamiseks” sageli just nimelt nn tavainimese perspektiivist häirivana mõjuda võivaid võtteid, tasub avaliku korra ja loomingu omavahelist suhet avada pisut pikemalt. Karistusõiguslikus mõttes on avalik kord “tavade, heade kommetega, normidega või reeglitega kinnistatud isikutevahelised suhted ühiskonnas, mis tagavad igaühe avaliku kindlusetunde ja võimaluse realiseerida oma õigusi, vabadusi ja kohustusi”.<sup>221</sup> Üldiselt on keelatud käituda teisi isikuid häirival või ohtu seadval viisil. Seda nõuet sisustatakse karistusõiguses läbi KorS-i määratluste. KorS-i § 4 lõike 1 kohaselt on avalik kord “ühiskonna seisund, milles on tagatud õigusnormide järgimine ning õigushüvede ja isikute subjektiivsete õiguste kaitse”. Avaliku korra mõiste on siin seotud objektiivse õiguskorra ehk õigusnormidega, mis kätkevad endas õiguskorra sellist kaitset, mis on avalikes

<sup>218</sup> O. Jagger. Karistusseadustiku § 245 kommentaar, p 3. J. Sootak, P. Pikamäe (koost). Karistusseadustik: Kommenteeritud väljaanne. 3 vlj. Tallinn: Juura 2009

<sup>219</sup> R. Maruste. Põhiseaduse § 18 kommentaar, p 1. – Ü. Madise jt (toim). Eesti Vabariigi Põhiseadus. Komm vlj, 3. vlj. Tallinn: Juura 2012

<sup>220</sup> P. Roosma. Põhiseaduse § 16 kommentaar, p 1. – Ü. Madise jt (toim). Eesti Vabariigi Põhiseadus. Komm vlj, 3. vlj. Tallinn: Juura 2012

<sup>221</sup> N. Aas. Karistusseadustiku § 262 kommentaar, p 1.1. Sootak, P. Pikamäe (koost). Karistusseadustik: Kommenteeritud väljaanne. 4 vlj. Tallinn: Juura 2015

huvides.<sup>222</sup> Õiguskorda häirida võivate tegevuste näidisloetelu on toodud seaduse §-s 55 ning seda loetelu saab arvesse võtta ka karistusõiguslikus mõttes avaliku korra rikkumise tuvastamisel.<sup>223</sup>

Mis puudutab Fideelia-Signe Rootsi juhtumit, siis tasub ääremärkusena öelda, et see toimus 2011. aastal, mil veel ei olnud jõustunud tänane korrakaitseseadus. Kunstnik jalutas palja ülakehaga Tartust Karepale, püüdes selle aktsiooniga juhtida tähelepanu naiste ja meeste ebavõrdsele kohtlemisele küsimuses, mis puudutab palja ülakehaga avalikus ruumis viibimist. Tegemist oli kunstniku sõnutsi kestvus-*performance*-ga nimega “Äng”, kus teose kunstilis-ühiskondliku sõnumi edastamiseks oli sümbolina kasutusel kunstniku enese alasti ülakeha.<sup>224</sup> Väike-Maarjas peatas kunstniku kinni politsei ning algatas tema suhtes väärteomenetluse avaliku korra rikkumise sätte alusel.<sup>225</sup> Oma otsuse alusena viitas politsei KorS §-le 262 ning tol ajal kehtinud Väike-Maarja avaliku korra eeskirja<sup>226</sup> punktile 2.6. Politsei leidis, et kunstnik rikkus oma teoga “kaaskodanike rahu, inimväärikust ja ühiskondlikku moraaltunnet.”<sup>227</sup> Nimelt häiris kunstniku tegutsemine Väike-Maarja tolleaegset vallavanemat, kes oli ka kunstnikule politsei kutsunud isikuks ja kelle arvates ei olnud kunstniku käitumine kooskõlas moraalinormidega. Kedagi teist, keda kunstniku tegevus oleks samadel kaalutlustel häirinud, politseil tuvastada ei õnnestunud. Tänapäevaks on loobunud korrakaitseküsimuste sidumine moraaliga, kuivõrd pluralistlikus ühiskonnas ei ole võimalik tuvastada üheselt mõistetavaid moraalinorme.<sup>228</sup>

Fideelia-Signe Rootsi juhtumi puhul otsustas politsei siiski asjas menetluse otstarbekuse kaalutlusel lõpetada, viidates kriminaalmenetluse seadustiku<sup>229</sup> §-le 202. Asja lõpetamisel mängis olulist rolli ka menetlejate hinnangul süü puudumine. Süü puudumisele viitas politsei arvates muuhulgas just see, et tegemist oli kunstilise *performance*-ga või, nagu menetlejad seda kirjutasid, seondus kunstniku tegevus üritusel “Äng” osalemisega.<sup>230</sup> Seega võtsid nad süü puudumise alusena arvesse muuhulgas ka seda, et tegevus oli kantud loomingulistest taotlustest. Samas rõhutasid nad, et käitumises oli tuvastatav avaliku korra rikkumine, kuivõrd “ühiskond peab veel siiski taunitavaks naistel palja ülakehaga viibimist linnapildis”. Sellega seoses üks remark: KorS § 55 lg 1 p 3 kohaselt on keelatud viibida

<sup>222</sup> Korrakaitseseaduse eelnõu seletuskiri (viide 133), lk 19

<sup>223</sup> N. Aas (viide 221), p 3.3.3

<sup>224</sup> Kunstnik Fideelia-Signe Rootsi koduleht. – <http://fideelia.future.ee/kunst/performance/ang.html>

<sup>225</sup> T. Herm. Poolpaljas naine Väike-Maarjas lõi pretsedendi Eesti õigusmõistmises – Virumaa Teataja 11.08.2011

<sup>226</sup> Avaliku korra eeskirja kehtestamine [kehtetu] - KO 2003, 79, 1705

<sup>227</sup> Ida Prefektuuri 30.08.2011 väljastatud väärteomenetluse lõpetamise määrus (määruse koopia autori valduses), lk 1

<sup>228</sup> Korrakaitseseaduse eelnõu seletuskiri (viide 133), lk 19

<sup>229</sup> Kriminaalmenetluse seadustik – RT I, 31.12.2016, 16

<sup>230</sup> Ida Prefektuuri 30.08.2011 väljastatud väärteomenetluse lõpetamise määrus (koopia autori valduses), lk 2

avalikus kohas alasti. Sellele, väärtemenetluse ajal veel jõustumata korrakaitseaduse nimetatud punktile viitas muuhulgas Rootsi kaasuses ka politsei. Lähtudes tavakeelelisest arusaamast tuleks eeldada, et siinkohal on seadusandja pidanud siiski silmas täisalastust, see tähendab olukorda, kus inimesel ei ole üldse riideid seljas, mitte üksnes osalist alastust, näiteks ilma särgi ja (naiste puhul) rinnahoidjata avalikus kohas viibimist. Ka seaduse seletuskiri ei viita vastupidisele.<sup>231</sup>

Kirjeldatud juhtumi puhul tekib küsimus alastuse või muude KorS-s nimetatud häiringute lubatavusest kunstis laiemalt, kuivõrd näiteks (pool)alasti keha eksponeerimine kunstis, teatrietendustes või filmides ei ole sugugi harv. Kui tänaval jalutavale palja ülakehaga kunstnikule on praktikas politsei kutsutud, ei meenu ühtegi juhtumit, kus keegi oleks näiteks teatrilaval alasti viibinud isikule mõelnud politsei kutsuda või teinud sama kinofilmil puhul. Näeme seega, et alastiolek kunstilistel kaalutlustel ei ole tingimata ühiskondlikult taunitav, kuid selle kvalifitseerimine avaliku korra rikkumiseks võib sõltuda ilmselt suuresti esitluskontekstist see tähendab sellest, kus teatud materjali esitatakse või tegevus aset leiab. Teater, kino või näitusesaal on kahtlemata ka avalikeks kohtadeks KarS-i ka KorS-i mõttes, kuna sinna on võimalik ligipääs ükskõik kellele – näiteks saab teatrisse soovi korral ja piisavate rahaliste vahendite olemasolul osta pileti kestahe.<sup>232</sup> Avaliku koha määratlusel ei mängi rolli, millises juriidilises vormis ruumide valdaja tegutseb, vaid tuleb küsida kes, kas ja mis tingimustel sinna ligi pääseb. Korrakaitse seaduse eelnõus on viidatud Riigikohtu kriminaalkolleegium seisukohale, kes on korduvalt oma praktikas rõhutanud, et avaliku kohana tuleb mõista kõige üldisemalt kohta, kuhu on ligipääs kolmandatel isikutel, kellel puudub seos õigusrikkujaga.<sup>233</sup>

Nii on avalikud kohad ka eraõiguslikus vormis tegutsevad teatrid, kinod, galeriid ja muud säärased loomingut esitavad asutused. Just avaliku korra ja avaliku koha puhul kerkib selgelt esile kunstilise konteksti küsimus kui võimalik vastuväide tegevuse häirivuse hindamisel. Nimelt lubab KorS § 57 käitumise häirivuse hindamisel lähtuda ka eesmärgist, milleks avalikku kohta tavapäraselt kasutatakse. Nii on võimalik eeldada, et näiteks kaasaegse kunsti galeriis, *art house* kinodes või kaasaegse dramaturgiat kasutavas teatris võib sagedamini näha ka tavaolukorraga mõttes häirivaid tegevusi, kuivõrd nüüdisloomingu puhul kasutatakse sageli nn piiripealseid kujutamisevõtteid, mis eraldiseisvana võivad mõjuda šokeerivalt või häirivalt. Käitumise häirivuse hindamisel tuleb sealjuures lähtuda sellest, kas keskmine mõistlik inimene tajuks teatud käitumist selles kontekstis häirivana või mitte,

<sup>231</sup> Korrakaitseaduse eelnõu seletuskiri (viide 133), lk 86

<sup>232</sup> N. Aas (viide 221), p 3.1.1 a)

<sup>233</sup> RKKKo 3-1-1-93-14, p 7



kuivõrd isikute häiringute tajumis- ja talumislävi on erinev.<sup>234</sup> Tulles siiski vastu ka nn nõrganärvilisematele külastajatele, on praktikas välja kujunenud tava, et potentsiaalselt häirivat sisu sisaldava loomingu puhul lisab selle esitleja eelneva hoiatuse<sup>235</sup>, et madalama häiringutaluga inimesed saaksid vajadusel ise otsustada, kas soovivad vastava materjaliga kokku puutuda või ei.

Lisaks on võimalik potentsiaalseid avaliku korra rikkumisest tulenevaid probleeme vältida loa taotlemisega avalikus ruumis mõne kunstilise iseloomuga tegevuse läbiviimiseks. Nii pärineb teine kunstiperformance-ga avaliku korra rikkumise näide 2009. aastast, kui politsei teisaldas Tõnismäelt sinna kunstnik Kristina Normani kunstiaktsiooni käigus paigaldatud nn Pronkssõdurit jälgendava kuldse skulptuuri. Konkreetset juhul oli politsei põhjenduseks see, et kunstnik rikkus oma aktsiooniga Tallinna linna heakorraeeskirju, kuna ta ei olnud aktsiooni korraldamiseks luba taotlenud. Kunstnikule tehti kiirmenetluse korras suuline hoiatus ning skulptuur tagastati.<sup>236</sup> Nagu käesolevas töös varemgi viidatud, on ürituse korraldamiseks loa andmise otsustamine on KorS § 59 lõike 1 kohaselt antud kohalike omavalitsuste pädevusse.

### **3.2. Materjali kunstiline väärtus vastutuse välistamise alusena teksti “Untitled12” näitel**

Kaur Kenderi teksti “Untitled12” puudutav menetluse keskmes on selle magistritöö üks tsentraalküsimusi – kust läheb lubatu ja lubamatu piir kunstis ja loomingu. Järgnevalt uurin seda kaasust lähemalt ennekõike aspektist, kas näiteks lapsporno puhul peaks kõne alla tulema teose loomingulisest iseloomust – teose funktsioonist ja puhtalt fantaasiale baseerumise faktist – ning kunstilisest väärtusest tulenevad vastuväited ning mis on lapspornot keelava sätte puhul õigushüveks, mille kaitseks loomevabadust karistusõiguslikult piiratakse.

Selle juhtumi aluseks on kirjanik Kaur Kenderi kirjutatud ja veebikeskkonda nihilist.fm üles riputatud autori välja mõeldud tekst pealkirjaga “Untitled12”, milles on kirjeldatud muuhulgas suguuhet täiskasvanu ja lapse vahel. Autor ise leiab, et tegemist on

---

<sup>234</sup> Korrakaitseaduse eelnõu seletuskiri (viide 133), lk 88.

<sup>235</sup> Vt näiteks hoiatus “Näitusel on teoseid, mis võivad häirida” Eesti Kunstimuuseumi näituse “Surm ja ilu. Gootika kaasaegses kunstis ja visuaalkultuuris” saatetekstis Eesti Kunstimuuseumi kodulehel – <http://kumu.ekm.ee/syndmus/surm-ja-ilu-gootika-kaasaegses-kunstis-ja-visuaalkultuuris/>; Hoiatus “Etenduses leidub ebatsensuurseid väljendeid” No99 teatri lavastuse “Lindmees” saatetekstis teatri kodulehel – <http://no99.ee/lavastused/no62-lindmees>

<sup>236</sup> D. Leitmaa. Politsei karistas “Kuldsõduri” autorit suulise hoiatusega. – Eesti Päevaleht 15.05.2009

õudusjutuga<sup>237</sup> ning nendib, et tema eesmärk seda lugu kirjutades oligi luua üks tõeliselt õudne, šokeeriv ja groteskne lugu.<sup>238</sup> Tekstiga seoses on kerkinud küsimus sellest, kas lapspornona tuleb mõista ka üksnes autori fantaasial põhinevaid teoseid, mille valmistamiseks ei ole kasutatud ühtegi reaalselt last ehk milline on KarS-i sättega kaitstav õigushüve. Karistusseadustiku kommentaaride kohaselt ei ole KarS § 178 lõike 1 alusel kaitstavaks õigushüveks “mitte ühiskondlik kõlblus, vaid laste normaalne vaimne ja seksuaalne areng”<sup>239</sup>.

Kirjaniku loodud teksti funktsioon ei olnud autori enda määratluse järgi tekitada kelleski lastega seonduvat seksuaalset erutust, vaid, pigem vastupidi, juhtida tähelepanu sellele, kui õudsele ja seega ebameeldivale nähtusele.<sup>240</sup> Mis puudutab teksti funktsionaalsust, siis lapsporno sätte puhul ei ole teksti pornograafiline funktsioon nõutav. Sellisena on meie seadusandja valinud tee, kus selle koosseisu raames on välistatud muuhulgas ka loomingulise teose hindamine tõlgendamisele alluvate sümbolite kogumina ning oluline on üksnes teatud sisu olemasolu kui fakt.<sup>241</sup> See tähendab, et ei tule küsida, mis oli autori eesmärk, muuhulgas kas kirjutada pornograafilisi funktsioone eviv erutust esile kutsuv tekst või hoopis juhtida tähelepanu taolise seksuaalakti äärmiselt tülgastavale iseloomule, vaid tuleb hinnata üksnes seda, kas faktiliselt on tegu lapspornograafia sätte alla subsumeeritava teosega, see tähendab kas seal on kujutatud “seksuaalakti lapsealisena näiva isikuga”.<sup>242</sup> Meil on keelatud lisaks konkreetsete, päriselt olemas olevate ning elevade laste kõrval kujutada ka välja mõeldud, kujuteldavaid lapsi.<sup>243</sup> Nimetatud kohtuasja prokuröri Lea Pähkli sõnutsi õigustab sellist keeldu tõik, et seksuaalkurjategijad kasutavad laste kuritarvitamisel sageli ka fiktsiooni ehk väljamõeldisi ja seepärast peavad needki olema keelatud.<sup>244</sup> Samas ei ole meil keelatud näiteks alasti lapsi mitteseksuaalsetes situatsioonides kujutavate loominguliste teoste valmistamine ja näitamine<sup>245</sup>, analoogselt nagu kõiki alasti isikuid kaasav kunst ei ole automaatselt pornograafia, kuigi neidki võib keegi põhimõtteliselt kasutada niiõelda “funktsionaalselt”. Teksti funktsionaalsuse hindamine etteheidetavuse kindlakstegemisel ei pruugiks olla minu hinnangul täiesti välistatud, kuna sätte eesmärgiks on “vähendada nõudlust ning sellega demotiveerida lapsporno tootmist”<sup>246</sup>, mistõttu võiks vähemalt mõtte tasandil

<sup>237</sup> M. Sinikalda. Kaur Kenderi kirjatükk on lapsporno kahtluse tõttu uurimise all. – Postimees 16.01.2015

<sup>238</sup> Väljavõte autori vastusest Politsei ja Piirivalveametile autori hallatavas blogikeskkonnas Nihilist. – <http://nihilist.fm/must-nihilism-untitled-12/>

<sup>239</sup> M. Kurm (viide 25), p 1

<sup>240</sup> Väljavõte autori vastusest Politsei ja Piirivalveametile autori hallatavas blogikeskkonnas Nihilist. – <http://nihilist.fm/must-nihilism-untitled-12/a>

<sup>241</sup> P. Kearns (viide 5), lk 185

<sup>242</sup> M. Kurm (viide 166), p 3.8.1 b)

<sup>243</sup> M. Kurm (viide 25), p 3.3

<sup>244</sup> Eesti Rahvusringhäälingu uudistesaaade Aktuaalne Kaamera. Ilm. 23.03.2015, intervjuu prokuröriga alates 09:50

<sup>245</sup> E. Laurits (viide 200), lk 397

<sup>246</sup> M. Kurm (viide 25), p 1

küsida, kas mõni faktiliselt lappornot sisaldav teos võiks põhimõtteliselt ka ise sellist demotiveerivat mõju omada.

Sarnaselt teksti funktsionaalsuse küsimusega ei oma täna tähendust ka see, kas teosel on näiteks kunstiline või kultuuriline iseloom või väärtus.<sup>247</sup> Seega on sätte praegusest tõlgendusloogikast lähtuvat välistatud igasugused loomevabadusele tuginevad vastuväited, mistõttu ka Kenderi protsessis ei tohiks omada otsustavat tähendust küsimused sellest, miks selline teos loodi või kas tegemist on kirjanduslikku väärtust omava tekstiga. Põhimõtteliselt aga ei ole selline vastuväide meie kriminaalõiguses täiesti välistatud – siinkohal tasub meenutada käesolevas töös eelnevalt käsitletud Eesti riigi ametliku sümboli teotamise temaatikat, mille puhul võib teo etteheidetavuse hindamisel muuhulgas arvesse võtta seda, kas KarS § 245 lõikes 1 kirjeldatud tegevused toimuvad loomevabaduse kaitse alla kuuluva tegevuse käigus või mitte. Tõsi, selle näite puhul on leitud, et riigi sümbolika teotamist keelava sätte kaitse-eesmärgiks on kaitsta olemuslikult väärtushierarhias üsna madalal asuvat õigushüve, mille loomevabadus üldiselt üles kaalub.<sup>248</sup> Seega eeldaks sarnase loogika kohaldamine vastandlike õigushüvede täpset sõnastamist ning võrdlemist väärtushierarhia kontekstis.

Käesoleva magistratöö kirjutamise seisuga on Riigikogus algatatud ka karistusseadustiku § 178 muutmise eelnõu menetlus, millega soovitakse lisada sättesse lõige 3 sõnastuses: “Käesolevat paragrahvi ei kohaldata, kui lõikes (1) mainitud teosel on oluline kunstiline, teaduslik, ajalooline või poliitiline väärtus.”<sup>249</sup> Sätte seletuskirjas on toodud nimetatud erandi kehtestamise põhjuseks vajadus kaitsta põhiseaduse §-s 38 sätestatud vabadusi, muuhulgas loomevabadust, kuivõrd seaduse tänane tõlgendus piirab neid vabadusi eelnõu esitajate hinnangul lubamatult.<sup>250</sup> Kui viidatud muudatus Riigikogus toetust leiab ning jõustub, on võimalik edaspidi tugineda lappornot puhul niisiis teose kunstilisele väärtusele kui vastutust välistavale aspektile. Siiski tuleks erandi kohaldamisel äärmiselt hoolikalt jälgida, kuidas piiritleda selle vastuväite kasutamise juhud nii, et kunstilisest väärtusest üksi ei saaks liiga hõlpsasti esitatav vastuväide. Siinkohal oleks paslik meenutada loomevabaduse esemelise kaitseala piiritlemise nüansse ning põhiseaduse kommentaarides sõnastatud põhimõtet, mille kohaselt: “/---/ ei ole võimalik kunsti mõiste alla meelevaldselt ja tingimusteta paigutada absoluutset kõike (vägivalda, sõimu, alasti keha labast

---

<sup>247</sup> E. Laurits (viide 200), lk 404;

M. Kurm. Kenderi jutu kirjanduslikul väärtusel pole karistusõiguse seisukohast mingit tähendust. – Postimees 12.02.2016

<sup>248</sup> R. Kiris (viide 54), p 1

<sup>249</sup> Karistusseadustiku § 178 muutmise seaduse eelnõu, p 2 – <http://eelvoud.valitsus.ee/main#ozwWDuF0>

<sup>250</sup> Seletuskiri karistusseadustiku § 178 muutmise seaduse eelnõu juurde, lk 2 – <http://eelvoud.valitsus.ee/main#ozwWDuF0>

demonstreerimist).”<sup>251</sup> Sellest lähtuvalt on võimalik välistada loomevabaduse kaitse alt näiteks ainult ja üksnes pornograafilist funktsiooni omavad teosed, see tähendab teosed, mille sisuks ongi üksnes “teisi inimlikke seoseid kõrvale või tahaplaanile jättes seksuaalsed toimingud labaselt ja pealetükkivalt esiplaanile toomine” ehk pornograafia PortS § 1 lõike 2 punkti 3 mõttes, kuivõrd ka põhiseaduslik loomevabaduse kaitse ei tohiks laieneda labasustele. Teoste vastavalt pornograafilise või siis kunstilise iseloomu välja selgitamiseks oleks võimalik kaasata eksperte. Huvitava nüansina on eelnõu sõnastuses viidatud, et teose kunstiline, teaduslik, ajalooline või poliitiline väärtus peaks olema oluline. Paraku ei selgu sätte seletuskirjast, mida olulisusenõude all on silmas peetud ning see tuleks sisustada ilmselt praktika käigus.

Põhimõtteliselt ei ole tegemist uuendusliku ideega. Oma artiklis rahvusvahelist praktikat analüüsinud Eneli Laurits toob välja, et näiteks USA-s, kus teema on föderaaltasandil reguleeritud, ei ole ka lapspornograafia puhul võimaliku kultuurilise väärtuse arvesse võtmine välistatud. Laurits kirjutab: “/--/ siiski [on] võimalus kaitsta teoseid, mis küll võiksid olemuselt olla lapspornograafilised, kuid millel on tuvastatud mingigi väärtus”.<sup>252</sup> Samuti on näiteks Kanada ülemkohus üht pornograafiaga seonduvat kaasust vaagides leidnud, et muuhulgas tuleb hinnata materjali võimalikku teaduslikku, kunstilist või kirjanduslikku väärtust ning kui selline väärtus on tuvastatud, on võimalik jätta teatud kriminaalkoodeksi sätted kohaldamata.<sup>253</sup>

Tulles tagasi alapeatüki keskmes oleva näite juurde, tuleb veelkord tõdeda, et Eesti praegune praktika siiski kunstilise väärtuse vastuväidet ei võimalda ning täna kehtivat seaduse teksti lugedes oleks üsna keeruline kohtul sellise kaitse aktsepteerimist ka põhjendada. Küll aga sõltub minu arvates suuresti kohtu tõlgendusest see, kuidas mõista seaduse tekstis sisalduvat väljendeid “nooremalt kui neljateistaastast isikut” ja “kujutama”. See tähendab, et kas “isiku” all mõeldakse selles kontekstis konkreetset inimest või on kaitstud ka väljamõeldud alla 14-aastased. Põhiseaduse kommentaaride kohaselt on kunsti loomise piiramine võimalik siis, kui loomingu valmistamise protsess kellegi õigusi rikub ning sellise olukorra illustreerimiseks on toodud näide “nt alaealise kasutamine pornograafilise teose loomisel”.<sup>254</sup> Minu hinnangul on sellel all mõeldud siiski konkreetse inimese ekspluateerimist lapsporno valmistamiseks, kuivõrd välja mõeldud isikut ei ole võimalik “kasutada” ning “kellegi õiguste rikkumine” nõuab siiski reaalselt olemasolevat teist isikut, kuivõrd väljamõeldud isikutel ei ole õigusi. Tõsi, kui jätta sätte kaitseala alt välja kõik väljamõeldud

<sup>251</sup> T. Annus, I. Pilving (viide 6), p 4.1

<sup>252</sup> Samas

<sup>253</sup> Kanada ülemkohtu 27.02.1992 otsus nr 22191 *Butler vs Her Majesty The Queen* – <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/844/index.do>

<sup>254</sup> T. Annus, I. Pilving (viide 6), p 4.4

alaealise kasutamise juhud, kaoks praktiliselt ära võimalus üldse takistada lapspornograafiliste tekstide ja joonistuste levikut, kuivõrd nende puhul oleks väga keeruline tõendada, kas ja millist last nende loomisel kasutati. Samuti on võimalik üsna hõlpsalt “kustutada” viited reaalsele isikule. Selle olukorra lahenduseks olekski ilmselt kesktee, kus printsiibi tasandil tuleks lugeda fiktiivsete laste kujutamine jätkuvalt keelatuks, kuid sealjuures lubada nende kujutamist teatud erandjuhtudel kunstilise väärtuse loomisel.

Samal ajal ei tohi unustada, et loomevabaduse piiramine võib olla lubatud ja põhiseadusega kooskõlas ka siis, kui on tarvis kaitsta “muid väärtusi”.<sup>255</sup> Seega on konstitutsioonilisest aspektist aktsepteeritav piirangu seadmine ka mõne muu kaaluka huvi kaitseks, mistõttu ei pruugi tekkida põhimõtteliselt probleemi ka tänast KarS § 178 kaitseala silmas pidades. Seda juhul, kui sätte kaitse-eesmärk on võimalik taandada mõnele põhiseaduslikku järku üldpõhimõttele. Nagu varem viidatud, on KarS § 178 lg 1 eesmärgiks vähendada nõudlust ja demotiveerida lapsporno tootmist tervikuna. Sellest on ilmselt kantud paragrahvi tänane, ka fiktiivsete laste kujutamist keelav tõlgendus, mille eesmärgiks on välistada, et ka väljamõeldisi kaasava teosega kokku puutunud isik ei saaks selle tagajärjel tõuget kahjustada ise mõnd last või hankida edaspidi juba sellist lapspornot, mille valmistamise käigus on kahjustatud konkreetseid isikuid. Niisiis on sätte laiemaks eesmärgiks tõkestada laste normaalse vaimse ja seksuaalse arengu vastaseid kuritegusid tervikuna. Loomevabaduse piiramise kontekstis tuleb seega küsida, kas selline eesmärk õigustab piirangu seadmist igal konkreetsel juhul. See tähendab, et kas teatud sisuga teosed peaksid olema automaatselt keelatud üksnes seetõttu, et neil võib potentsiaalselt olla vastavat kuritegevust hoogustav mõju. Tänapäevane seadusandja tõlgendus annab sellele küsimusele vastuseks jah. Samas on minu hinnangul võimalik, et mõnedel juhtudel toob see kaasa ebaproportsionaalselt range piirangu loomevabadusele, mistõttu tuleks siingi toetada paindlikumat lähenemist – näiteks võimaldada lähtuda karistusõigusliku etteheidetavuse hindamisel materjali sisu kõrval ka selle funktsioonist ning võimalikest kunstilistest eesmärkidest, mida (täna) keelatud motiivistiku kaasamine teenib.

Lisaks on § 178 kaitsealale pakutud ka alternatiivne tõlgendus, mille kohaselt on seadusandja eesmärgiks olnud saata sõnum sellest, et moraalsel põhjustel peaks absoluutselt iga lapsporno tunnuseid omav ilming olema ühiskonnas taunitav vaatamata sellele, kas ja keda selle loomise käigus kahjustati.<sup>256</sup> Kuigi kõlblus iseenesest võib olla näiteks loomevabaduse piiramise alus, tekib selle tõlgenduse puhul küsimus pigem sellest, kas

---

<sup>255</sup> Samas

<sup>256</sup> E. Laurits (viide 200), lk 402

karistusõigus on sobiv vahend selliste üldiste moraaliotsuste tagamiseks ja hoiakute kujundamiseks<sup>257</sup>, kuivõrd see võib minna vastuollu karistusõiguse *ultima ratio* olemusega.

Kui vaadata selle alapeatüki lõpetuseks veidi rahvusvahelist praktikat, siis kõige lähedasem nn Kenderi kaasusele on 2012. aasta juulis lõpliku kohtuotsuse saanud Rootsist pärinev kaasus. Selles kohtuasjas oli süüdistatavaks mees, kelle arvutist leiti 51 Jaapanist pärinevas *manga*-tehnikas joonistust, millest 39 kujutasid alla 18-aastasi erootilistes ja pornograafilistes situatsioonides.<sup>258</sup> Samaselt meie karistusseadustiku regulatsioonile on ka Rootsis keelatud lapsi sellisel viisil kujutavad joonistused, isegi kui need põhinevad fantaasiale. Selle kaasuse keskmes oli küsimus, kas ja kuivõrd tuleks karistada väljamõeldud lapsi kujutavate teoste valmistamise ja omamise eest.<sup>259</sup> Muuhulgas hindas kohus niiõelda väljamõeldud laste kujutamise keelamise proportsionaalsust antud kaasuse kontekstis väljendus- ja informatsioonivabaduse piiramise seisukohalt.<sup>260</sup> Kohus leidis, et süüalune tuleb õigeks mõista, kuivõrd joonistused kujutasid selgelt väljamõeldud lapsi ning selliste piltide puhul on oht laste kahjustamiseks oluliselt väiksem kui reaalseid lapsi kaasavate teoste puhul, mistõttu oleks kohtualuse väljendus- ja informatsioonivabaduse piiramine ebaproportsionaalne. Kohus lähtus muuhulgas oma otsuses *manga*-tehnikas joonistuste tugevalt juurdunud traditsiooni Jaapani kultuuriruumis ehk siis võttis arvesse nende kunstilist väärtust ja tähendust konkreetsetes kultuurikontekstis. Sestap leidis kohus, et nende joonistuste omamise eest isiku süüdimõistmine ei oleks kooskõlas lapsporno keelava sätte kaitseesmärgiga.<sup>261</sup> Kohus analüüsis muuhulgas sellise lahenduse vastavust Euroopa Parlamendi ja nõukogu laste seksuaalse kuritarvitamise ja ärakasutamise ning lapsporno vastase võitluse direktiivile<sup>262</sup> ning leidis, et õigeksmõistev otsus on direktiivi nõuetega kooskõlas, kuivõrd direktiiv nõuab kohtu käsitlese kohaselt tõetruud kujutamisi, mida kohus ei tuvastanud.<sup>263</sup>

---

<sup>257</sup> J. Sootak. Eetilised valikud ja karistusõigus. Tartu Ülikooli Eetikakeskus –

<http://www.eetikakeskus.ut.ee/sites/default/files/eetikakeskus/files/Eetilised%20valikud%20karistus%C3%B5iguses.pdf>

<sup>258</sup> Rootsi ülemkohtu 15.06.2012 otsus nr B 990-11, p 1. –

<http://www.hogstادمstolen.se/Avgoranden/Vagledande-domar-och-beslut-prejudikat/2012/2012-06-15-B-990-11/>

<sup>259</sup> Samas, p 6-9 & 11

<sup>260</sup> Samas, p 14-19

<sup>261</sup> Samas, p 21 & 23-24

<sup>262</sup> Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2011/92/EL, 13. detsember 2011, mis käsitleb laste seksuaalse kuritarvitamise ja ärakasutamise ning lasteporno vastast võitlust ja mis asendab nõukogu raamotsuse 2004/68/JSK – ELT L 335, 17.12.2011, lk 1-14

<sup>263</sup> Rootsi ülemkohtu 15.06.2012 otsus nr B 990-11, p 8 & 23

## 4. Loomevabaduse piiramine tsiviilõiguses

Traditsiooniliselt seostatakse põhiõiguste kehtivust ja nende piirangute temaatikat niiöelda vertikaalsete ehk asümmeetriliste õigussuhetega, kus ühel poolel on riik ning teisel eraisik. Samas on õigusteoorias, kusjuures viimastel aastatel üha enam<sup>264</sup>, hakatud laialdaselt tunnustama põhiõiguste horisontaalse mõju ehk kolmikmõju teooriat, mille kohaselt saab ja tuleb ka eraisikute vaheliste konfliktide lahendamisel lähtuda põhiseadusest.<sup>265</sup> Selle lähenemise aluseks on Saksa konstitutsiooniõiguse üks murrangulisemaid otsuseid, 1958. aasta *Lüth*-i kaasus, mille kohaselt: “Eraisikute vaheline vaidlus põhiõiguslikult mõjutatud tsiviilõiguslikest käitumisnormidest tulenevate õiguste ja kohustuste üle jääb materiaalselt ja protsessuaalselt tsiviilõiguslikuks vaidluseks. Tõlgendatakse ja kohaldatakse tsiviilõigust, kuigi selle tõlgendamine ja kohaldamine peab järgima avalikku õigust – põhiseadust”.<sup>266</sup>

Kolmikmõju teooriast tulenevalt peavad ka eraisikud oma tegevuses arvestama teiste isikute õiguste ja vabadustega ning hoiduma nende kahjustamisest. Loomevabaduse ja teiste isikute õiguste potentsiaalseid konflikte aitavad kõige paremini illustreerida olukorrad, kus loomingul aluseks on võetud mõne teise isiku reaalne elu, kuivõrd autorid kasutavad oma loomingul aluseks sageli (auto)biograafilist materjali. Biograafilise materjali kasutamisega võib tahes-tahtmata kaasneda ka loomingul inspiratsiooniks olnud isikute isikuõiguste riive. Niisiis tõstatub küsimus sellest, kuidas taolisi seoseid tuvastada ning kuivõrd selliste karakterite kaudu on võimalik kellegi isikuõigused riivata. Käesolevas peatükis analüüsin niisiis põhiõiguste kolmikmõju teooria tähendust loomevabadusele ning sellest tulenevaid loomevabaduse tsiviilõiguslikke piiranguid.

### 4.1. Loomevabaduse tsiviilõiguslikud piirangud

#### 4.1.1. Piirangud põhiõiguste kolmikmõju teooria kontekstis

Põhiseaduses on kolmikmõju kõige selgemaks väljenduseks § 19 lõige 2, mille kohaselt peab igaüks oma õiguste ja vabaduste kasutamisel ning kohustuste täitmisel austama ja arvestama teiste inimeste õigusi ja vabadusi ning järgima seadust. Muuhulgas tuleneb

---

<sup>264</sup> Nt: C. Lebeck. Horizontal effect of the European Convention on Human Rights in Swedish law – a quiet constitutional change? – Public Law 2009/01, lk 25;  
P. Alquist. Horizontality: questioning the concept. – Cambridge Student Law Review 2008/4(1), lk 131;  
S. Gardbaum. The “Horizontal Effect” of Constitutional Rights. – Michigan Law Review 2003-2004/102, lk 388-389

<sup>265</sup> U. Lõhmus. Põhiõigused ja Euroopa Liidu õiguse üldpõhimõtte: funktsioonid, kohaldamisala ja mõju. – Juridica 2011/11, lk 647-650

<sup>266</sup> BVerfGE 7, 198 vnr 28 – <http://www.servat.unibe.ch/DFR/bv007198.html>  
Tõlkeks täiendavalt kasutatud R. Alexy (viide 9), lk 85

sellest sättest kohustus austada teiste inimeste õigusi ja vabadusi ka niinimetatud horisontaalsete õigussuhete sfääris ning sellele korrespondeerub isikute võimalus kaitsta oma põhiseadusega tagatud isiklikke õigusi ka tsiviilõigussuhetes. Kõige üldisemalt tähendab põhiõiguste kolmikmõju seda, et ka tsiviilõiguse normid peavad olema põhiseadusega kooskõlas ning neid ei tohi tõlgendada põhiseaduse vastaselt. Nii tekitab põhiseaduse kolmikmõju loomevabaduse kontekstis kohustusi nii autorile kui ka riigile. Autoril on kohustus hoiduda oma loominguga teiste isikute õiguste kahjustamisest ning riigil on kohustus hinnata võimalikke riiveolukordi, leida kohtumenetluses tasakaal erinevate õiguste vahel ning juhendada sealjuures õiguste ja vabaduste piiramisel põhiseadusest.

Seega peab tulenevalt kolmikmõju teooriast kohus ka tsiviilõiguslike kaasuste lahendamisel arvestama põhiseadusega ehk, nagu R. Alexy on sõnastanud, peaks vaidluste lahendamisel ning eraõiguse rakendamisel arvestama põhiõiguste ergavat mõju<sup>267</sup>. Nii tekib isikul, kelle loomevabadust tsiviilõigusliku meetmega piiratakse, subjektiivne õigus näiteks sellele, et kohus arvestaks kaasust lahendades loomevabaduse põhiseaduslikku staatusega<sup>268</sup> ning muuhulgas selle positsiooniga demokraatliku ühiskonna kaitse tagatisena nii nagu seda on Eesti, aga eriti Euroopa Inimõiguste Kohtu praktikas tehtud seni näiteks ajakirjandusvabadust puudutavate kaasuste puhul<sup>269</sup>. See aga ei tähenda, et loomevabadusele tuleks anda automaatselt suurem kaal või eelis muude isikuõiguste ees, vaid üksnes seda, et kohus põhimõtteliselt tunnustaks ja arvestaks loomevabaduse põhiseaduslikku positsiooni konkreetse kaasuse lahendamise kontekstis.<sup>270</sup> Kohus peaks arvestama Riigikohtu sõnastatud reeglga: “Mida intensiivsem on põhiõiguse riive, seda mõjuvamad peavad olema riivet õigustavad põhjused”.<sup>271</sup> Ehkki see tsitaat pärineb põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi otsusest, on tegemist üldise proportsionaalsuse hindamise reeglga, millest peaks vastassuunaliste õiguste kaalumist nõudvates otsustes lähtuma ka tsiviilkohus.<sup>272</sup> Sama põhimõtte alusel tekib kohtul kohustus arvestada teiselt poolt loomevabadusega konkreetset juhul konflikti sattunud õiguste põhiseaduslikku olemust ja sisu.

Teiseks tekib riigil kolmikmõju teooriast lähtuvalt kohustus kaitsta inimesi üksteise eest, see tähendab et ta on kohustatud looma reeglid, mis reguleeriks isikute põhiõigusi puudutavaid suhteid ka tsiviilõiguse tasandil ja tagama nendes reeglitest tulenevate õiguste

---

<sup>267</sup> Alexy (viide 9), lk 85

<sup>268</sup> M. Ernits (viide 28), p. 5.2

<sup>269</sup> RKKKo 3-1-1-80-97, p I;

EIKo 21279/02; 36448/02 *Lindon, Otchakovsky-Laurens & July v Prantsusmaa* p 46-48;

EIKo 23168/94, *Karataş v Türki*, p 49

<sup>270</sup> R. Alexy (viide 12), lk 361-362

<sup>271</sup> RKPJKo 3-4-1-2-01, p 17

<sup>272</sup> M. Ernits (viide 53);

TlnRnKo 26.06.2010, 2-07-5657, p 26



tõhusa kaitse. Põhiõigused eeldavad juba oma olemuselt teatud õiguste ja kohustuste olemasolu tsiviilõiguse sfääris<sup>273</sup> ning riigil on kohustus vastavad õigused ja kohustused seaduse tasandil sätestada selleks, et tagada isikule võimalus midagi ette võtta juhul, kui mõnda tema õigust on rikutud. Selline kohustus tuleneb riigile põhiseaduse §-st 14, mille kohaselt on seadusandja ülesandeks tagada põhiõigused seadusandliku protsessi kaudu ning tagamaks õiguste tõhusa kaitse, on kohtul on kohustus järgida tsiviilprotsessides põhiõigusi sedavõrd, kuivõrd need kehtivad nn horisontaalsete õigussuhete sfääris.<sup>274</sup> Näiteks on loomevabaduse puhul mõnes teoses kujutatud isikul õigus nõuda, et teda ei oleks kujutatud viisil, mis rikuks tema au ja head nime või eraelu puutumatust.<sup>275</sup> Lisaks seondub põhiõiguste kolmikmõjuga ka PS § 15 lg 1 ehk õigus pöörduda oma õiguste kaitseks kohtusse.

Kolmandaks tähendab põhiõiguste kolmikmõju seda, et põhiõiguste järgimise puhul ei ole kohustatud subjektiks mitte üksnes võimuorganid, vaid isikul on õigus nõuda oma põhiõiguste austamist ka teistelt eraisikutelt. Seda kontseptsiooni tähistab Saksa õigusdoktriinis termin *Drittwirkung* ning selle kohaselt on eraisikud otseselt seotud teiste isikute põhiõiguste austamise kohustusega ka omavahelistes suhetes, see tähendab, et õiguste makspanekuks tsiviilõiguslikes suhetes ei ole tingimata vaja riigi vahendust.<sup>276</sup> Isikul, kelle õigusi mõne teise inimese tegevus rikub, tekib niiõelda automaatselt nõudeõigus rikkumise lõpetamiseks ning, olenevalt asjaoludest, ka õigus ise kohaldada kohast õiguskaitsevahendit.

#### **4.1.2. Võlaõiguslikud õiguskaitsevahendid loomevabaduse piiramise kontekstis**

Jättes kõrvale lepinguõiguse, mis tulenevalt privaatautonomia põhimõttest lubab ka loomingu piiramises poolte vahel kokkuleppeid saavutada, puudutab loomevabaduse piiramist ennekõike lepinguväliste võlasuhete õigus, kusjuures sellele annab tsiviilõigusliku aluse võlaõigusseaduse<sup>277</sup> (edaspidi VÕS) § 1045 lg 1 p 4, mis ennekõike koosmõjus § 1046 lõikega 1, reguleerib situatsioone, mil isikuõiguse rikkumist saab pidada õigusvastaseks.<sup>278</sup> Kaitstav õigushüve on VÕS § 1046 lg 1 puhul ennekõike põhiseaduse §-s 17 sätestatud teise isiku au ja hea nimi, kuid kõne alla tulevad ka muud põhiseaduslikud isikuõigused. Oluline on siinkohal toonitada, et tsiviilõiguslikult võib olla lubatud, see tähendab mitte tingimata

---

<sup>273</sup> R. Alexy (viide 9), lk 85;

R. Alexy (viide 12), lk 364

<sup>274</sup> M. Ernits, N. Parrest. Põhiseaduse § 14 kommentaar, p 2.2.1 & 2.2.3. – Ü. Madise jt (toim) Eesti Vabariigi Põhiseadus. Komm vlj, 3. vlj. Tallinn: Juura 2012

<sup>275</sup> Selle kohta täpsemalt käesoleva töö alapeatükis 4.2

<sup>276</sup> E. Engle. Third Party Effect of Fundamental Rights (*Drittwirkung*). – Hanse Law Review 2009/5(2), lk 165

<sup>277</sup> Võlaõigusseadus – RT I, 31.12.2016, 7

<sup>278</sup> M. Käerdi, T Tampuu. Võlaõigusseaduse § 1045 kommentaar, p 3.5. P. Varul jt (koost). Võlaõigusseadus: kommenteeritud väljaanne III. Tallinn: Juura 2009

õigusvastane, üksnes isikuõiguste riive. Nii ei ole lubatud au ja hea nime teotamine, s. o tahtlik, pahauskne ja sihipärane teise isiku maine kahjustamine<sup>279</sup> ning selline tegevus on arvestades põhiseaduse §-s 17 sätestatud keeldu igal juhul õigusvastane.<sup>280</sup>

Kahju hüvitamise või õigusrikkumise lõpetamise nõue kuulub nende sätete alusel rahuldamisele juhul, kui tuvastatud on riive õigusvastasus. See on oluline moment kolmikmõju teooria kontekstis. Nimelt vaadates VÕS § 1046 sõnastust näeme, et seegi on niinimetatud põhiõiguste “murdekoht tsiviilõigusesse”<sup>281</sup>. Näiteks on selgeks proportsionaalsuse põhimõtte väljenduseks VÕS § 1046 lõige 2, mis lubab kohtul eitada isikliku õiguse riive õigusvastasust juhul, kui seda rikkumist õigustavad muud seadusega kaitstud hüved ja kolmandate isikute või avalikkuse huvid. Sama sätte teine lause kohustab kohust õigusvastasuse kindlakstegemisel erinevate kaitstud hüvede ja huvide võrdlevast hindamisest ehk kaalumisest. Kaalumisele ja väärtusotsuse tegemisele suunab kohut ka sätte 1. lõike teine lause, mille kohaselt peab kohus muuhulgas arvesse võtma “suhet rikkumisega taotletud eesmärgi ja rikkumise raskuse vahel”. Rikkumise õigusvastasuse tuvastamine eeldab kohtult niisiis väärtusotsust, mille käigus tuleb arvesse võtta muuhulgas ka põhiseadusega kaitstud hüvede tagamise vajadust.<sup>282</sup> Näiteks kui loominguga on konkreetsel juhul rikutud teise isiku õigusi, ei anna üksnes riive tuvastamise fakt üksi alust kuulutada tegevus õigusvastaseks. Kohus peab järgmisena arvesse võtma ühelt poolt rikkumise intensiivsust ja ulatust konkreetsel juhul ning teiselt poolt loomevabaduse kaitse tagamise vajadust. Lahendus sõltub muuhulgas sellest, kuivõrd olulise kaalu omistab kohus loomevabadusele, see tähendab oluliseks ühiskondlikuks väärtuseks peab kohus loomevabadust konkreetsel juhul. Väljendusvabaduse kontekstis, näiteks, on siinkohal tuginedes Euroopa Inimõiguste Kohtu praktikale pakutud välja järgmine reegel: “/--/ väljendusvabaduse eelistamiseks teistele õigushüvedele [on vaja] tungivat sotsiaalset vajadust: mida olulisem on ühiskonnale ja mida suuremat hulka inimesi puudutav probleem ning mida akuutsem on diskussioon selle ümber, seda avaram on väljendusvabadus”.<sup>283</sup> On tõsi, et ka loomevabadus sarnaselt näiteks ajakirjandusvabadusega ei saa automaatselt õigustada igasuguseid rikkumisi. See tähendab, et loomevabadus ei tohiks ka tsiviilõigussuhetes muutuda mingiks “pühaks graaliks”, millele automaatselt omistatakse ülisuur kaal. Võimalikuks lahenduseks oleks siinkohal niiöelda ümberlükatava eelduse

<sup>279</sup> R. Maruste (viide 16), p 5

<sup>280</sup> RKTko 3-2-1-169-11 Riigikohtunik Jaak Luige eriarvamus, p 2

<sup>281</sup> D. W. Belling. Põhiõiguste tähendus eraõigusele. – Juridica 2004/1, lk 6

<sup>282</sup> M. Käerdi, T. Tampuu. Võlaõigusseaduse § 1046 kommentaar, p 3.1. P. Varul jt (koost). Võlaõigusseadus: kommenteeritud väljaanne III. Tallinn: Juura 2009

<sup>283</sup> S. Tammer. Kujutis kui tegelikult kaitstav õigushüve. – Juridica 2011/11, lk 661

konstrueerimine<sup>284</sup>, mille kohaselt tuleks võtta iga looming puudutava kaasuse lähtealuseks eeldus, et looming peab olema võimalikult vaba ja piiramatult, et tagada võimalikult vaba ja demokraatlik ühiskond. Selle eelduse ümberlükkamiseks sobiks üksnes kaalukad põhjused. Seega ei väida käesoleva töö autor, et loomevabadust tuleks implitsiitselt eelistada, küll aga tuleks ka tsiviilõiguses pöörata tähelepanu võimalikult vaba loomingu positsioonile demokraatia tagatisena.

Rikkumise korral tekib kannatanul õigus kasutada kahte peamist õiguskaitsevahendit. Esiteks tekib isikul õigus nõuda kahju hüvitamist, ennekõike saab nõuda mittevavalise kahju hüvitamist VÕS § 134 lg 2 alusel. Isikuõiguste rikkumise korral sõltub hüvitise suurus Riigikohtu seisukoha järgi õigushüve riivamise ulatusest ja iseloomust, see tähendab sellest milliseid õigusi ja mis ulatuses konkreetsel juhul rikutud on.<sup>285</sup> Teine ning konkreetsemalt loomevabaduse piiramise kui sellisega seonduv võimalus on nõuda kahju tekitava käitumise lõpetamist VÕS § 1055 lg 1 alusel,<sup>286</sup> mille kohaldamise nüansse loomevabaduse puhul selgitan lähemalt alapeatükis 4.2.3.

Lisaks VÕS §-le 1046 võib loomingu puhul põhimõtteliselt kõne alla tulla ka ebaõigete faktiväidete või halvustavas kontekstis esitatud õigete faktiväidete avaldamist keelava VÕS § 1047 lõike 1 kohaldamine, seda näiteks dokumentalistika žanrisse liigituva loomingu puhul. VÕS § 1047 lõikes 1 sedastatud rikkumise puhul isikul õigus nõuda ebaõigete andmete ümber lükkamist või paranduse avaldamist vastavalt sama sätte lõikele 4. Väljendusvabaduse kontekstis on Riigikohus leidnud, et ebaõigete faktiväidete rikkuja poolt ümberlükkamise nõue on olemuslikult proportsionaalne väljendusvabaduse riive, kuna isikul on õigus sellele, et tema kohta ei avaldataks ebaõigeid faktiväiteid.<sup>287</sup> Loomingu puhul saaks ebaõige faktiväite puhul õiguskaitsevahendina VÕS § 1047 lg 4 alusel nõuda kas loometöö resultaatid paranduse tegemist või loominguga avaldatud ebaõige faktiväite ümberlükkamist nii, et ümberlükkamine jõuaks algse valeinfo võimalikult sarnasel kujul ja viisil võimalikult sama suure hulga isikuteni.<sup>288</sup>

Viimaks tasub remargi korras mainimist, et deliktiõiguslike nõuete kõrval võivad isikuõiguste rikkumisega seonduvalt teatud juhtudel kõne alla tulla ka alusetust rikastumisest tulenevad nõuded, täpsemalt saab nõuda välja rikkumise tulemusena saadud tulu VÕS § 1037 lg 1 alusel. Riigikohus on eraelulisi andmeid kajastanud raamatut puudutanud kaasuses

---

<sup>284</sup> L. Zucca. *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*. – Oxford: Oxford University Press 2008, lk 168

<sup>285</sup> RKTko 3-2-1-153-16, p 17.5

<sup>286</sup> M. Käerdi, T Tampuu (viide 282), p 3.3

<sup>287</sup> RKTko 3-2-1-145-07, p 14

<sup>288</sup> M. Käerdi, T. Tampuu. *Võlaõigusseaduse § 1047 kommentaar*, p 3.4. P. Varul jt (koost). *Võlaõigusseadus: kommenteeritud väljaanne III*. Tallinn: Juura 2009

sedastanud reegli: “Kui koguteoses on rikutud isiku õigusi vaid üksikute lausetega, ei ole seega üldjuhul alust nõuda kogu teosega saadud tulu, välja arvatud juhul, kui kannatanu tõendab, et teost on müüdnud just nende lausete tõttu.”<sup>289</sup>

## **4.2. Loomevabaduse piiramine loomingus kujutatud isikute õiguste kaitseks**

### **4.2.1. Teiste isikute kujutamise piirid filmi “Magnus” ja Olavi Ruitlase blogi näitel**

Loomevabaduse konflikt teiste isikute õigustega on kõige ilmsem ja teravam juhtudel, kui autor on oma loometöö inspiratsioonina tuginenud teiste isikute eraelule või teisi isikuid oma loomingus kujutanud. Probleemid tekivad ennekõike olukordades, kus selliseks kujutamiseks ei ole eelnevalt luba küsitud. Õiguskirjanduses on väljendatud seisukohta, et kuna tuginemine oma loomingus realselt eksisteerivatele inimestele on üsnagi sage, tuleb selliste olukordade õigusvastasuse jaatamiseks tuvastada, et autori eesmärgiks oli valitud kujutamisviisi kaudu kahjustada prototüübi isiklikke õigusi.<sup>290</sup> Lähtumine üksnes kahjustamise tahtlusest ei tagaks siiski puudutatud isikute õiguste kaitset kõige tõhusamalt, kuivõrd ka ilma kahjustamise tahtlusega on võimalik tekitada olukordi, kus loomingu aluseks olnud isikute õigusi on rikutud. Samas tuleb selliste kaasuste puhul alati arvestada ka loomingu autori loomevabadusega ning leida tasakaal konkureerivate õigushüvede vahel.

Eesti praktika kõige ilmekam näide, kus kohtul oli võimalik sisuliselt hinnata reaalsel isikul põhinevate tegelaskujude kasutamist oma loomingus ning seeläbi loomevabaduse ja teiste isikute õiguste tasakaalu, on filmi “Magnus” juhtum. Tegemist oli menetluse käigus kinniseks kuulutatud protsessiga, millest praegu on avalikult kättesaadav üksnes osaline Riigikohtu<sup>291</sup> lahend, millega saadeti asi tagasi ringkonnakohtusse. Kohtuasja materjalid ning lõplik lahend on käesoleva magistritöö autori valdusesse jõudnud ühe osapoolte kaudu. Seepärast käsitlen kohtu seisukohti üldistavalt, avaldamata sealjuures kaasust puudutavaid täpseid detaile. Samas arvestan ka ajakirjanduse kaudu avalikult kättesaadavat teavet kaasuse kohta ning tõika, et esmane maakohtu otsus oli avalik ning seda kajastati meedias. Selle kaasuse puhul ongi üks mainimist väärt aspekt, et seoste loomist filmis kujutatud tegelaste ja konkreetsete isikute vahel ka laiemas avalikkuses võimendas oluliselt hagi esitamise fakt iseenesest ning sellega kaasnenud meediatähelepanu.<sup>292</sup> Õiguste kaitse võimalust ja objektiivselt eksisteerinud õigusrikkumise tuvastamist see iseenesest ei välista,

<sup>289</sup> RKTko 3-2-1-153-16, p 18

<sup>290</sup> P. Kearns (viide 5), lk 123

<sup>291</sup> RKTko 3-2-1-104-09

<sup>292</sup> Nt T. Jõgeda. Miks kohus keelas “Magnuse” näitamise? – Eesti Ekspress 15.05.2008

kuid illustreerib hästi, kuidas kohtumenetlusega võib kaasneda hoopis ulatuslikum tähelepanu ja seoste loomine prototüüpide ja teose vahel, kui menetluse all oleva teose enda levikuga.

“Magnuse” kaasuse aluseks oli samanimeline mängufilm, mille puhul ammutasid filmi autorid inspiratsiooni reaalsete isikute eludest. Filmi keskmes oli ühe noormehe elu keerdkäikude kujutamine muuhulgas läbi tema perekonnasuhete portreteerimise. Peategelase elus toimus mitmeid üsna delikaatse sisuga seiku, mida film kajastas ning tema elu lõppes nii filmis kui tegelikkuses enesetapuga. Hagejaks oli selle kaasuse puhul filmi inspiratsiooniks olnud noormehe ema ning keskseks probleemiks hageja ning tema perekonna kujutamine mängufilmis viisil, mis käsitles hageja perekonnaelu detaile. Kuivõrd loo inspiratsiooniks olnud isikud olid kohtu hinnangul identifitseeritavad, leiti, et filmi levitamisele on riivatud hageja põhiseaduse §-st 10 ja § 19 lg-st 1 tulenevat õigust enda kujutamisele avalikkuse ees ning §-s 26 toodud perekonna- ja eraelu puutumatus, kuivõrd selle sätte kaitsealasse kuuluvad muuhulgas tema identiteedi ja isikuandmete kaitse<sup>293</sup>, mis selle filmi puhul ei olnud kohtu hinnangul tagatud. Samuti tuvastas kohus hageja ja peategelase PS §-st 17 tuleneva au ja hea nime rikkumise. Kusjuures peategelase puhul leidis kohus tuginedes Riigikohtu seisukohale<sup>294</sup>, et kuigi seadus otseselt surnud isikute isiklike õiguste kaitsmise võimalust VÕS § 1055 lg 1 alusel ette ei näe, ei ole see PS § 17 kontekstis erandlikel asjaoludel välistatud. Ka põhiseaduse kommenteeritud väljaanne toetab seda seisukohta, viidates, et PS § 17 kaitse, mis realselt toimub läbi võlaõigusseaduses sätestatud vahendite, laieneb ka surnule.<sup>295</sup> Seda, et filmis kujutatu näol oli tegu PS § 17 riivega, leidis kohus viidates nii konkreetsetele pikantseid tegevusi kajastanud stseenidele kui filmi üldisele toonile, millega autor oli hagejat ja peategelast kujutanud. Nii leidis kohus, et mõlemat isikut oli kujutatud negatiivselt ja nende väarikust alandavalt: “Ka kunstiteos ei tohi inimväarikust alandada. /--/ Nii hagejat kui tema poega näidatakse filmis negatiivselt, mistõttu tekib neist filmis moonutatud ja inimväarikust alandav isiksuspilt.”<sup>296</sup>

Kõik need riived olid selle filmi puhul tuvastavad seetõttu, et kohtu hinnangul olid tegelased äratuntavad ja seostatavad reaalsete isikutega, mistõttu oli tegelaste tegevus kinolinal vaataja jaoks samastatav konkreetsete isikute tegevustega päriselus. Selliste seoste hindamine nõuab kohtult üldiselt sisulist arutlust, kuivõrd näiteks loomingus esitletud karakterilt üksnes perekonnanime eemaldamisest ei piisa selleks, et väita seose puudumist loomingu ja reaalse isiku vahel.<sup>297</sup> “Magnuse” kaasuse puhul leiti, et ka üksnes teose žanrimääratlus, antud juhul mängufilm, ei pruugi tingida seda, et tegelaskujusid ühegi reaalse

<sup>293</sup> TlnRnKo 27.04.2010, 2-07-10586 (kohtuotsuse koopia autori valduses), lk 11-12

<sup>294</sup> RKTko 3-2-1-104-09, p 15

<sup>295</sup> R. Maruste (viide 16), p 2

<sup>296</sup> TlnRnKo 27.04.2010, 2-07-10586 (kohtuotsuse koopia autori valduses), lk 13

<sup>297</sup> HMKo 30.11.2007 2-05-22224/34, p 40

isikuga ei seostataks. Selleks, et saaksime rääkida seostest reaalse isikutega ning seeläbi ka nende isikuandmete avaldamisest piisab kohtu sõnutsi, kui tegelaskujud on äratuntavad perekonna- ja tutvusringkonnas: “Isiku identiteedi äratuntavuseks võib piisata ka osalise informatsiooni edastamisest, mille puhul võib teatud osa vaatajaskonnast isiku identiteedi otseselt ära tunda või seda kerge vaevaga järelada.”<sup>298</sup> Sellisteks identifitseerivateks faktoriteks loeti muuhulgas tegelaskujude žestide, liigutuste ja kõnemaneeeri sarnasus reaalse isikute vastavate omadustega või teatud elustiilile viitavate sümbolite kokkulangevust loo aluseks olnud perekonnapea tolleaegse elukorraldusega. Hageja tugines äratuntavuse tõestamisel muuseas ka asjaolule, et filmis mängis pereisa tegelast tema eksabikaasa, esinedes filmis seega iseendana, mis kajastus ka lõputiitrites. Filmi hilisemas versiooni lõputiitritest seos küll eemaldati, kuid kohtu hinnangul tugevdas eksabikaasa ülesastumine filmis siiski seoste loomist perekonda tundvate isikute ringis.<sup>299</sup>

Prototüüpide kasutamise ja autori loomevabaduse omavahelise suhte iseloomustamiseks andis maakohus reegli, mida ka lõplikus otsuses korrati: “Kunstivabadus saab üldiste isikuõiguste kaalumisel seda suurema eelise, mida rohkem on prototüüpi kunstiliselt kujundatud või muudetud ja kunstiteose kui terviku kontseptsiooni paigutatud.”<sup>300</sup> Ehk siis – loomevabaduse kaalukus konfliktiolukordades on tugevalt seotud sellega, milline on autori enda panus prototüübi kunstilisse stiliseerimisse. Mida enam seda on tehtud, seda avaram on loomevabadus.

Kaaludes eelpool nimetatud õiguste ja kunstivabaduse<sup>301</sup> omavahelist tasakaalu, mõõnis kohus, et isikuõiguste rikkumine võib olla oma ulatuselt erinev. Kuna praegusel juhul avaldati kohtu hinnangul äärmiselt delikaatseid isikuandmeid, oli tuvastatud sekkumine isiku intiimsfääri, mis on olemuslikult isikuõiguste eriti raske rikkumine. Siinkohal on kohus lähtunud Saksa õigusteadlaste poolt kujundatud isikuõiguste kaitsesfääride skaalast, mille on Eesti õiguskirjanduses kokku võtnud kohtunik Ele Liiv. Selle kohaselt jaguneb isikuõiguste kaitsesfäär individuaal-, privaat- ja intiimsfääriks, kusjuures viimast tuleb kaitsta kõige põhjalikumalt ning see peaks jääma puutumatuks kõigile.<sup>302</sup> Nii ei õigusta isiku intiimsfääri sekkumist ka autori õigus loomevabadusele, kuivõrd kohtu sõnutsi: “Rasked isikuõiguste rikkumised ei ole hõlmatud kunstivabadusega.”<sup>303</sup> Arvestades intiimsfääri määratlust peaks seega alati olema keelatud ilma kujutatud isiku nõusolekuta oma loomingus käsitleda näiteks

<sup>298</sup> TlnRnKo 27.04.2010, 2-07-10586 (kohtuotsuse koopia autori valduses), lk 11-12, lk 11

<sup>299</sup> Samas, lk 13

<sup>300</sup> Samas

<sup>301</sup> Selle kaasuse puhul lähtus kohus, üksnes põhiseaduse §-st 45 ning § 38 ei maininud, lugedes kunstilise väljendusvabaduse ilmselt lihtsalt üldise väljendusvabaduse osaks. Vaatamata sellele, et otsuses on läbivalt kasutatud terminit “kunstivabadus”.

<sup>302</sup> E. Liiv (viide 56), lk 477-478

<sup>303</sup> TlnRnKo 27.04.2010, 2-07-10586 (kohtuotsuse koopia autori valduses), lk 12

teise isiku usalduslikke erakirju, saladusi, seksuaalelu detaile, terviseandmeid ning uskumuste ja veendumustega seonduvat.<sup>304</sup>

Lisaks leidis kohus et ka loomevabaduse puhul peaks isiku eraellu sekkumiseks olema “selgelt põhjendatud ühiskondlik vajadus”<sup>305</sup>. Siinkohal lähtus kohus ilmselt Euroopa Inimõiguste Kohtu praktikast, mille kohaselt peab väljendusvabaduse egiidi all isikuõigustesse sekkumiseks eksisteerima “tungiv sotsiaalne vajadus”.<sup>306</sup> Kuivõrd autorid ei tegele reeglina päevakajaliste sündmuste kajastamisega, vaid ühiskondlike nähtuste või enda jaoks oluliste teemade kommenteerimisega laiemalt, on käesoleva töö autori hinnangul loomingu puhul üldiselt äärmiselt keeruline tuvastada, kas konkreetsel juhul eksisteerib selgelt põhjendatud ehk tungiv ühiskondlik vajadus või väita, et selline vajadus puudub. Näiteks viitas ka filmi “Magnus” autor, et enesetapud ja enesetappudest mõtlemine on levinud ühiskonnas laiemalt<sup>307</sup>, mis võiks anda filmile ka suurema sotsiaalse kõlapinna. Kui püüda põhjendatud ühiskondlikku vajadust selgitada läbi avaliku huvi, mis VÕS § 1046 lõike 2 kohaselt võib rikkumist õigustada, siis on meie õiguskirjanduses välja pakutud näiteks järgmine vormel: “Avalikku huvi [tuleks] hinnata läbi ühiskondliku spektri, st avalik huvi on olemas sündmuste, olukordade ja isikute suhtes, mille või kelle kohta tahab teada rohkem inimesi kui vastava sündmusega otseselt või kaudselt seotud isikud ning milline sündmus või isik tekitab ühiskonnas elava debati.”<sup>308</sup> Loomingu üks eesmärke ongi sageli viidata ühiskonna valupunktidele ja algatada debatte, kuivõrd sotsiaalkriitiliste teemade kasutamine ei ole sugugi harv. Tõsi, praeguse kaasuse puhul jäi teose ühiskondliku vajaduse aspekt selgelt tahaplaanile, mistõttu ei saa seda ka siinkohal kuigi põhjalikult käsitleda. Kohtu poolt oli varasemalt tuvastatud, et filmiga oli alandatud hageja ja filmi peategelaseks olnud isiku inimväärikust ning sekkutud intiimsfääri. Seega esines seadusvastane sekkumine juba niigi ning sellist sekkumist avalik huvi üles ei kaalu.<sup>309</sup> Näiteks riigikohtunik Jaak Luige arvamuse kohaselt ei tuleks sellistel puhkudel õigustavate asjaolude hindamiseni üldsegi jõuda.<sup>310</sup>

Seega näeme “Magnuse” kohtulahendi valguses viit aspekti, mida autorid peaksid oma loomingus teiste isikute kasutamisel arvesse võtma: eraeluliste andmete kajastamiseks peab esinema selgelt põhjendatud ühiskondlik vajadus, sekkumisega isikute eraellu ei tohiks tungida nende intiimsfääri, isikute kujutamise viis ei tohi alandada nende väärikust, prototüüpide kasutamine on lubatud seda enam, mida rohkem on autori poolt prototüüpi

<sup>304</sup> E. Liiv (viide 56), lk 478

<sup>305</sup> TlnRnKo 27.04.2010, 2-07-10586 (kohtuotsuse koopia autori valduses), lk 12

<sup>306</sup> K. Turk (viide 130), 186

<sup>307</sup> TlnRnKo 27.04.2010, 2-07-10586 (kohtuotsuse koopia autori valduses), lk 2

<sup>308</sup> S. Tammer (viide 283), lk 657

<sup>309</sup> M. Käerdi, T Tampuu (viide 282), p 3.2

<sup>310</sup> RKTko 3-2-1-18-13 Riigikohtunik Jaak Luige eriarvamus, p 3

kujundatud või muudetud ning viimaks – teose žanrimääratlus ei välista isikuõiguste rikkumise võimalust.

Eelnevast tulenevalt ei saa väita näiteks ka, et materjali liigitumine autobiograafiliseks ilukirjanduseks välistaks automaatselt võimalike prototüüpide nõuded. Ka iseenda elu kirjanduslikus võtmes kajastades tuleb arvestada teiste puudutatud isikute õigustega. (Auto)biograafilistele andmetele tugineva loomingu puhul on Eesti praktikast võimalik tuua kirjanik Olavi Ruitlase blogi näide. Kirjanik avaldas oma ajaveebis interaktiivse veebiraamatu vormis autobiograafilistele andmetele tuginevat teksti, milles sisaldus ka tema endist abikaasat puudutavaid lõike, mis viimase hinnangul olid solvavad, mistõttu esitas ta kohtusse hagi.<sup>311</sup> Kohus otsustas esialgse õiguskaitse korras kohustada kirjanikku oma blogi tervikuna sulgema, et vältida kirjaniku endisele abikaasale tekkiva mittevaralise kahju suurenemist.<sup>312</sup> Pooled lahendasid hagi esitamise järgselt asja kompromissi korras ning asjas kohtumenetlust ei järgnenud. Nad leppisid muuhulgas kokku, et vaidlusaluse veebiraamatu käsikiri jääb lõpetamata ning internetiaadress, kus blogi asus, jääb suletuks. Ühtlasi kohustusid pooled hoiduma teineteise kohta internetis ega muus meedias kommentaaride, arvamuste ja pildimaterjali avaldamisest, sh solvavate või delikaatseid isikuandmeid paljastava materjali jagamisest avalikkusega.<sup>313</sup> Kuna kohtumenetlust ei järgnenud, polnud kohtul võimalust hinnata kirjaniku blogis avaldatud väidete sisu ning vastata kirjaniku seisukohale, et tegemist oli puhtalt ilukirjandusliku tekstiga.<sup>314</sup>

#### **4.2.2. Avaliku elu tegelaste kujutamise piirid poliitilise kunsti näitel**

Nagu “Magnuse” kaasus ilmekalt illustreeris, peaksid autorid üldiselt suhtuma ilma loata teiste isikute ja nende elu kujutamisse ettevaatlikkusega. Selle juhtumi puhul tuleb aga tähelepanu pöörata ühele nüansile – filmi loomise aluseks oli võetud avalikkuses tundmatute isikute eraelu. Loomingu eesmärk on sageli muuhulgas ka kõigile nähtavas, avalikus ja ühiskondlikus ruumis toimuva kommenteerimine ja kujutamine. Nii tekib küsimus, kuivõrd peaks selliseid sündmusi, protsesse ja nähtusi käsitleva loomingu puhul arvesse võtma nendega seotud isikute õigusi.

---

<sup>311</sup> TMKm 28.04.2009, 2-08-7680, lk 2

P. Peensoo, M. Ojakivi. Olavi Ruitlane sulges kohtu nõudmisel avameelse blogi. – Eesti Päevaleht 29.03.2008

<sup>312</sup> Hagi tagamise määruse tekst ei ole enam kättesaadav, kuid seda on refereeritud ajakirjanduses ning vastavasisulise määruse esitamist suulises vestluses käesoleva töö autorile kinnitanud Olavi Ruitlane.

Kohus kohustas Olavi Ruitlast blogi sulgema. – Äripäev 28.03.2015

<sup>313</sup> TMKm 28.04.2009, 2-08-7680, lk 1

<sup>314</sup> P. Peensoo, M. Ojakivi (viide 311)



Riigikohus on leidnud, et avaliku elu tegelased peavad arvestama suurema tähelepanuga ning seeläbi ka suurema kriitikaga. Samas tuleb avaliku elu tegelaste puhul arvesse võtta, millise tegevusega seoses on nad avalikkuse ette sattunud, kuivõrd sellest tulenevalt võib olla “erinev ka avalikkuse põhjendatud huvi määr nende eraelu vastu”. Riigikohtu sõnutsi on õigustatud üldsuse kõrgendatud huvi näiteks poliitiku isiksuse ning tema ametialase ja poliitilise tegevuse vastu.<sup>315</sup> Seega tuleb eristada poliitikuid ja muid avaliku elu tegelasi, kuivõrd viimaste puhul peaks olema huvi nende isiku ja eraelu kajastamise ja kujutamise vastu piiratum.<sup>316</sup> Nagu järgnevad näited illustreerivad, puudutavad avaliku elu tegelaste loomingus kujutamise juhtumid sageli poliitikuid ning on seotud nende tegevuse kritiseerimisega loomingulises võtmes.

Üks selline kaasus on kohtus lahendatud 2007. aastal.<sup>317</sup> Selle juhtumi puhul avaldati ajalehe Nelli Teataja naljarubriigis “Uhuudis” satiiriline tekst ning koomiks Loksa linnavalitsuse liikme ja kohaliku kultuurikeskuse juhataja kohta. Koomiks ja naljalugu tõukusid hageja tegevusest linnavalitsuse ees toimunud piketil, mida kajastasid päevakajalise uudisena erinevad väljaanded.<sup>318</sup> Kuigi nimetatud koomiks ja naljalugu avaldati ajalehes, ei tähenda see, et tegemist oleks automaatselt ajakirjandusliku väljendusega. Väljaannete huumori- ja satiirileheküljed ammutavad oma ainek sarnaselt ajakirjandustekstidele päevakajalistest sündmustest, kuid nende puhul on oluliselt suuremal määral tegemist autori sekkumisega nende andmete interpretatsiooni ja esitamisega. Sellised huumorisektsioonid ei olegi enamasti mõeldud info tõepäraseks esitamiseks, vaid neil on meelelahutuslik eesmärk, mistap on seal esitatav info sageli autori poolt tugevalt moonutatud, üle paisutatud ning sellele on lisatud selgelt ebatõeseid elemente. Nõnda, kuivõrd esitatav info sisaldab suurel määral autori enese lisandusi ja ajakirjanduslikus mõttes meelevaldseid interpretatsioone, on sellist materjali mõistatud pigem kunstilise kui ajakirjandusliku eneseväljendusena.<sup>319</sup>

Loksa linnavalitsuse töötajat puudutanud kaasuse puhul kohus loome- ja väljendusvabaduse ning isiku au ja hea nime tasakaalu väljaselgitamiseni ei jõudnudki, kuivõrd leidis, et au ja väärkuse rikkumist ei ole karikatuuri ja pilateksti avaldamisega üldse toimunud – kuna tegemist oli naljarubriigis ilmunud materjaliga, siis mõistlik inimene seda kohtu hinnangul tõena ei käsitle. Kohus küll mõõnis, et põhimõtteliselt on isikuõiguse riive olemas, kuid au ja väärkuse rikkumisega ei saanud siinkohal tegemist olla just seetõttu, et koomiksis hageja näopildi kasutamine oli mõeldud huumorina, mitte solvamisena. Samuti oli

<sup>315</sup> RKTko 3-2-1-18-13, p 13

<sup>316</sup> R. Maruste (viide 39), p 14

<sup>317</sup> TlnRnKo 05.05.2008, 2-05-22224, p 32

<sup>318</sup> HMKo 30.11.2007, 2-05-22224/34, p-d 7-8 & 25-26

<sup>319</sup> EIKo 68354/01, *Vereinigung Bildener Künstler v Austria*, p 33;  
H. Rosler (viide 30), lk 466-467

hageja näol tegemist avaliku elu tegelasega, kes ongi avalikkuse ette pürgimisega lõdvendanud oma eraelu piiranguid ja peab teatud määral selliseid riiveid taluma.<sup>320</sup> Niisamuti leidis maakohtu käsitlesega nõustunud ringkonnakohus, et kuigi riive esines, siis tegemist oli huumori ja satiiriga, mille suhtes peab hagejal peab avaliku elu tegelasena olema kõrgem taluvuspiir.<sup>321</sup>

Siinkohal tekib küsimus, kas avaliku elu tegelased peaksid põhimõtteliselt olema rohkem avatud ka muus loomingu vormis tehtavale kriitikale. Selle illustreerimiseks sobib meie viimase aja praktikast olukord, kus kunstnik Kadi Estland avaldas uustõlgenduse kunstnike Jaan Toomiku ja Vano Allsalu 1989. aasta aktsioonist „Minu munn on puhas“. Nimelt töötles kunstnik teose pealkirjale vastava tekstiga pudipõlle poliitik Mart Helmet kujutavale fotole, mis muuhulgas avaldati kultuurilehes Sirp kunstiinstitutsioonide arengut analüüsinud arvamuseartikli „Uus põlvkond, vanad probleemid“<sup>322</sup> juures. Helme mõistis kunstniku sellise teguviisi hukka.<sup>323</sup> Lisaks teema kommenteerimisele meedias, mainis Helme juhtumit muuhulgas ka Riigikogus esinedes leides, et Sirbi artiklis on: „ /--/ väga ropult karikeerikud mind [Martin Helmet] isiklikult“.<sup>324</sup>

Selle kunstiteose näol ei olnud minu hinnangul ilmselt tegemist faktiväite avaldamisega, vaid väärtushinnanguga<sup>325</sup>, kuivõrd kunstniku eesmärgiks oli poliitiku fotole Eesti kunstiajaloost tuttava sümboli lisamise kaudu omapoolse kommentaari andmine Helme poliitilisele tegevusele ja vaadetele ning kriitika KUMU kui institutsiooni kuvandi suhtes.<sup>326</sup> Esialgu kaalus poliitik seoses pildi avalikustamisega ka pressinõukogusse või avaliku sõna nõukogusse pöördumist<sup>327</sup>, kuid kuivõrd vastavat kaebust nende institutsioonide kaebuste registritest<sup>328</sup> ei nähtu, võib eeldada, et selle esitamisest loobuti ning nimetatud juhtum päädiski üksnes Helme sõnavõttudega (sotsiaal)meedias ja Riigikogu istungil.

Nagu varem viidatud, on avaliku elu tegelase ja eriti poliitiku kõrgemat kriitika talumiskohustust rõhutanud Riigikohus<sup>329</sup> ning kommentaaris meediale möönis seda

<sup>320</sup> HMKo 30.11.2007, 2-05-22224/34, p 40

<sup>321</sup> TlnRnKo 05.05.2008, 2-05-22224, p 34

<sup>322</sup> A. Triisberg. Uus põlvkond, vanad probleemid. – Sirp 29.04.2016

<sup>323</sup> K. Kangro, A. Einmann. Martin Helme solvus Sirbis ilmunud pildi peale – Postimees 10.05.2016

<sup>324</sup> XIII Riigikogu stenogramm. III istungjärk. 10.05.2016. Martin Helme sõnavõtt kooseluseaduse kehtetuks tunnistamise seaduse eelnõu (185 SE) esimene lugemisel – <http://stenogrammid.riigikogu.ee/et/201605101000#PKP-18892>

<sup>325</sup> RKTko 3-2-1-53-07, p 18

<sup>326</sup> K. Karro. Poliitikule sildi „Minu munn on puhas“ kaela riputanud kunstnik: „Seda pilti on soovitud minult ära osta“ (intervjuu kunstnik Kadi Estlandiga) – Eesti Ekspress 18.05.2016

<sup>327</sup> K. Kangro, A. Einmann (viide 323)

<sup>328</sup> Pressinõukogu kaebused. - <http://www.eall.ee/pressinoukogu/kaebused.php>

Avaliku sõna nõukogu kaebused ja lahendid. - [http://www.asn.org.ee/asn\\_lahendid.php](http://www.asn.org.ee/asn_lahendid.php)

<sup>329</sup> RKTko nr 3-2-1-18-13, p 15;

RKTko 3-2-1-17-05, p 20

käsitletava kaasuse keskmeks olev Martin Helme isegi.<sup>330</sup> Nii peavad avaliku elu tegelased arvestama ilmselt ka sellega, et lähtuvalt nende tuntusest ja avalikust tegevusest võivad nad olla ka väljaspool ajaleheveergudel avaldatava karikatuuri žanrit tehtava ühiskonnakriitilise või poliitilise kunsti subjektiks. Euroopa Inimõiguste Kohus on rõhutanud vaba poliitilise debati äärmist olulisust<sup>331</sup> ning tunnustanud debati osana ka poliitikuid kritiseerivat loomingut leides, et sellegi puhul on tuleb poliitikutel aktsepteerida enam kriitikat võrreldes eraisikutega.<sup>332</sup> Kohus on öelnud, et ka loomingu kaudu osaletakse poliitilises debatis ning võimalikult vaba ja piiramatu poliitiline debatt toimib demokraatia garantiina.<sup>333</sup>

Konkreetselt Martin Helmet puudutava juhtumi kontekstis on märkimist väärt ka Euroopa Inimõiguste Kohtu seisukoht, mis puudutas Prantsusmaa poliitikut Jean-Marie Le Peni negatiivses valguses kujutanud novelli. Nimelt leidis kohus, et kuivõrd see poliitik ise on esinenud võrdlemisi äärmuslike vaadetega, on ta veelgi nihutanud enda suhtes lubatud kriitika piire. Kohus märkis, et poliitilise kriitika kontekstis on lubatud esitada ka teatud määral ülepingutatud või provokatiivsed seisukohavõtte. Kuigi see ei tähenda, et ka vastuolulist poliitikut võiks solvata.<sup>334</sup> Selle seisukohaga nõustub ka meie põhiseaduse tõlgendus.<sup>335</sup> Samuti tuleb ka poliitikute eraelu kujutamisel arvestada keeluga tungida nende intiimsfääri.<sup>336</sup>

Kadi Estlandi ja Martin Helme kaasuse puhul tuleks sarnaselt karikatuuri-kaasusega niisiis samuti hinnata mis oli kunstniku eesmärgiks – kas oma pildiga lihtsalt solvata ja alandada Martin Helmet või oli tema tegevus kantud muust ajendist. Kuigi Riigikohtu sõnutsi võib väärtushinnangu ebakohasusele viidata ka “ebasünnis väljendusviis”<sup>337</sup>, siis üksnes roppuse kasutamise fakt üksi praegusel juhul minu hinnangul väärtushinnangu ebakohasust tingimata kaasa tuua ei pruugiks, kuivõrd kunstniku valitud sõnastuse eesmärk oli tõmmata paralleel ühe teise kunstiaktsiooniga ning rõhutada seeläbi teatud kunstilist sõnumit, mistap sõnade valik ei olnud juhuslik ega tulenenud ilmselt soovist lihtsalt roppu väljendit kasutada.

#### 4.2.3. Loomevabaduse piiramise meetmete proportsionaalsus

Kui kohus on tuvastanud vajaduse loomevabadust piirata, see tähendab leidnud, et hageja isikuõiguse rikkumine kostja loomingu kaudu on tõendatud ning õigusvastane, tekib järgmisena küsimus, kuidas toimub loomevabaduse piiramine praktiliselt ehk kuidas saab

<sup>330</sup> K. Kangro, A. Einmann (viide 323)

<sup>331</sup> Nt EIKo 25390/94 *Rekveýyi v Ungari*, p 26;

<sup>332</sup> EIKo 21279/02; 36448/02 *Lindon, Otchakovsky-Laurens & July v Prantsusmaa*, p 46-48

<sup>333</sup> EIKo 23168/94, *Karataş v Türki*, p 49

<sup>334</sup> EIKo 21279/02; 36448/02 *Lindon, Otchakovsky-Laurens & July v Prantsusmaa*, p 56-57

<sup>335</sup> R. Maruste (viide 39), p 14

<sup>336</sup> EIKo 73579/10, *Ruusunen v Soome*, p 50-52

<sup>337</sup> RKTKo nr 3-2-1-67-10, p 20

kohus tagada langetatud otsuse täitmist. Lahendi täitmise tagamiseks saab kohus kohustada vaidlusaluse loometöö autorit põhimõtteliselt mistahes teoks või teost hoidumiseks, millega saavutatakse VÕS § 1055 lg-s 1 toodud eesmärk. Tsiviilkohtumenetlusõiguse reeglite kohaselt on peamine, et kohtuotsus oleks täidetav, mistõttu peab otsusega isikule pandav kohustus või temalt nõutav tegevus olema konkreetne.<sup>338</sup> Näiteks “Magnuse” kaasuse puhul leidis kohus, et kuna film kujutab ennast intensiivset ja lubamatut riivet hageja erinevatesse isikuõigustesse, on põhjendatud kostjatele selle levitamise ja näitamise keelamine VÕS § 1055 lg 1 alusel.<sup>339</sup> Sellega keelati filmi näitamine konkreetsetel kostjatel, see tähendab, et tegemist ei olnud avalik-õigusliku keeluga ning otsusega ei pandud kostjatele kohustust tagada, et filmi ei näitaks ega levitaks muud isikud.<sup>340</sup> See on ka mõistlik, kuivõrd tsiviilõiguslik kohustus, antud juhul kohustus hoiduda filmi levitamisest, peab olema õigusi rikkunud isikule täidetav ja jääma tema mõjusfääri. Oleks liialt koormav eeldada, kostjad peaksid hea seisma ka selle eest, et teost ei levitaks kolmandad isikud. Ühtlasi tähendab see, et kui keegi teine peaks filmi näitama või levitama, tuleks tema tegevuse keelamiseks esitada uus eraldi nõue.

Lisaks konkreetsusele peab kohus arvestama kohtuotsuse täitmiseks vajaliku piirangu seadmisel ka proportsionaalsusnõudega<sup>341</sup> ehk jälgima, et piirang aitaks tõhusalt kõrvaldada tekkinud ebaõiguse, kuid ei oleks samaaegselt ebaõiglaselt koormav sellele isikule, kelle loomevabadust piiratakse. “Magnuse” kaasuses kerkis õiguste rikkumise lõpetamiseks valitud meetme proportsionaalsuse küsimus üles siis, kui asuti otsustama, kui pikaks ajaks oleks filmi ära keelamine õigustatud. Kohus võttis siinkohal korrektselt aluseks proportsionaalsuse põhimõtte: “Kuna tegemist on filmi autori põhiseadusliku õiguse piiramisega, siis peab vastav keeld, ka ajalises osas, olema proportsionaalne hageja ja tema poja isikuõiguste võimalikult vähima kaitse vajadusega.”<sup>342</sup> Kohus lähtus piirangu ajalise kehtivuse kindlaksmääramisel hageja poja surma ajast ning täpsemalt küsimusest, kui palju aega peaks olema isiku surmast möödunud arvestades, et “hageja poja inimväärikuse kaitsmise kohustus teda ümbritsenud sotsiaalses ruumis väheneb aja möödudes koos mälestuse tuhmumisega”, kuivõrd ajafaktor on olemuslikult oluline rikkumise mõju vähendaja.<sup>343</sup> Kui esmase otsuse teinud maakohus leidis, et kohane oleks keelata film ajani, mil kujutatud isiku surmast on möödunud 15 aastat, siis ringkonnakohus suurendas seda 25 aastani, leides, et vahepealsel ajal on seoses filmi

<sup>338</sup> M. Käerdi, T. Tampuu. Võlaõigusseaduse § 1055 kommentaar, p 3.1. P. Varul jt (koost). Võlaõigusseadus: kommenteeritud väljaanne III. Tallinn: Juura 2009

<sup>339</sup> TlnRnKo 27.04.2010, 2-07-10586 (kohtuotsuse koopia autori valduses), lk 13

<sup>340</sup> RKTko 3-2-1-104-09, p 11

<sup>341</sup> E. Liiv (viide 56), lk 481

<sup>342</sup> TlnRnKo 27.04.2010, 2-07-10586 (kohtuotsuse koopia autori valduses), lk 13

<sup>343</sup> Samas

reklaamimise ja levitamise olnud takistatud mälestuste tuhmumine, mistõttu on pikem piirang õigustatud. Samas ei nõustunud kohus hageja sooviga seada filmile levitamiskeeld kuni tema surmani.<sup>344</sup> Siinkohal saab teha ühe üldistava järelduse loomingus surnud isikute eraeluliste andmete kasutamise kohta – mida pikem aeg on möödunud isiku lahkumisest, seda väiksem on võimaliku rikkumise mõju. Seega peaks loomevabaduse kaitseala võrreldes eraelu puutumatusega avaram ja kaal olema seda suurem, mida kauem on inimene surnud olnud.

Teine aspekt on filmi levitamise keelu territoriaalse ulatuse proportsionaalsuse küsimus. Kohtuotsusega keelati kostjatel filmi levitamine Eestis, Euroopa Liidu liikmesriikides ja mujal.<sup>345</sup> Samas on otsuses on jäänud käsitlemata küsimus sellest miks on puudutatud isikute õiguste tõhusa kaitse tagamiseks õigustatud kostjate õiguste piiramine just sellises territoriaalsest ulatuses. Kuivõrd kohus oli isikuõiguste rikkumise tuvastamisel tuginenud tegelaste identifitseerimise võimalusele nende tutvus- või pereringkonnas, tekib küsimus, kas levikupiirangu territoriaalsusnõude paika panemisel tuleb tingimata arvestada hüpoteetilise võimalusega, et selliseid isikuid võib teoreetiliselt leiduda kogu maailmas või tagaks isikuõiguste võimalikult vähima kaitse ka mõni territoriaalselt vähempiiravam keeld. Seda küsimust kohus aga praegusel juhul ei tõstatanud.

Mis puudutab Olavi Ruitlase kaasust, siis selle puhul sai kohus konkreetse meetmena üksnes kohaldada esialgset õiguskaitset, kuna pooled sõlmisid enne menetluse lõppu kompromissi. Ka esialgse õiguskaitse rakendamisel peab kohus arvestama kostja õiguste kaitsmise vajadusega ning jälgima, et hagi tagamise abinõu ei kujuneks kostjale liigselt koormavaks ning oleks asjaolusid arvestades põhjendatud.<sup>346</sup> Näiteks on Riigikohus rõhutanud sarnases, veebilehel ilmunud teksti puudutanud kaasuses, et terve teksti eemaldamine hagi tagamise korras võib olla põhimõtteliselt lubatud isegi, kui sellega riivatakse teise isiku väljendusvabadust, kuid see tõdemus ei vabasta kohut kohustusest hinnata, millisel määral on teksti tervikuna eemaldamise nõudmine põhjendatud ning vältida tuleb olukorda, kus kostja huvid saaksid hagi tagamise korras ebaproportsionaalselt kahjustada.<sup>347</sup> Samas ei ole hagi tagamise näol tegemist asja lõpliku otsustamisega ning lõpliku otsuse puhul on proportsionaalsusnõude arvestamise kohustus veelgi laiem. Näiteks Olavi Ruitlase kaasuse puhul oleks pidanud kohus proportsionaalsuse perspektiivist arvestama ka Ruitlase loomevabadusega ning hindama, kas õigustatud oleks olnud terve veebilehe sulgemise nõue või piisanuks üksnes teatud osade kustutamisest.<sup>348</sup>

---

<sup>344</sup> Samas

<sup>345</sup> TlnRnKo 27.04.2010, 2-07-10586 (kohtuotsuse koopia autori valduses), lk 1

<sup>346</sup> A. Pärsimägi. Hagimenetlus. Hagi ja taotluste esitamine. 3 tr. Tallinn: Juura 2016, lk 189

<sup>347</sup> RKTko 3-2-1-147-16, p 11-12

<sup>348</sup> E. Liiv (viide 56), lk 481

## Kokkuvõte

Käesolev magistritöö keskendus loomevabaduse kui põhivabaduse ja selle piiramise uurimisele. Töö pakkus lähemat vaadet põhiseaduse ühele vähe uuritud sättele, § 38 lõikele 1, piiritledes loomevabaduse teistest põhivabadustest ning tuues välja sätte kaitseala määratlemiseks olulised aspektid. Süstemaatiline piirangute uurimine õigusharude kaupa võimaldas käsitleda magistritöös piirangute seadmist iga haru puhul kitsalt loomevabaduse perspektiivist, illustreerida läbi näidete selle vabaduse piiramise praktilisi aspekte ning analüüsida piirangute ja senise praktika kooskõla põhiseadusega.

Püüdes vastata töö alguses esitatud küsimusele – kus on kunstis kunsti piirid – siis lühike vastus oleks, et seal, kust algavad teiste isikute õigused või kus seda õigustab põhiseaduslikke väärtusi kandvate kollektiivsete huvide kaitse. Loomevabadus, sarnaselt teiste põhiseaduslikul tasandil tagatud vabadustega, ei ole meie ühiskonnas piiramatu ning sellegi vabaduse kasutamisel tuleb arvestada üldiselt kehtiva kohustusega austada teisi isikuid ning nende õigusi. Samal ajal on võimalikult vaba looming meie kõigi huvides, kuna demokraatia tagatisena on sellel etendada ühiskondlikus debatis väga oluline roll. Seda on oma praktikas korduvalt rõhutanud ka Euroopa Inimõiguste Kohus.

Loomevabaduse ühiskondlik tähtsus ilmneb meie põhiseaduse teksti uurides. Nimelt on konstitutsiooni koostajad näinud ette vajaduse kaitsta loomevabadust intensiivsemalt võrreldes näiteks üldise väljendusvabadusega, sätestades selle eraldi iseseisva põhivabadusena põhiseaduse § 38 lõikes 1. Tegemist ei ole liiasuse olukorraga, kus oleks ette nähtud ühe ja sama õiguse, käesoleval juhul kunstilise eneseväljenduse, topeltkaitse, vaid tuleb eeldada põhiseaduse koostajate soovi ja tahet anda loomevabadusele eraldi põhiseaduslik kaitsegarantii. Kuna loomevabaduse kaitseala hõlmab ka kunstilise eneseväljenduse ning loomingu levitamise avalikkuses, on § 38 lõige 1 üldise väljendusvabadusega *lex specialis* suhtes. Nagu käesolevast tööst ilmnes, kiputakse praktikas sellest sageli mööda vaatama ning lähtutakse ka loomingu puhul põhjendamatult üksnes põhiseaduse § 45 lõikes 1 toodud üldise väljendusvabaduse klauslist.

§ 38 lõike 1 ja § 45 lõike 1 eristamise tähendus võib tõstatuda just piirangute seadmise olukordades. Loomevabaduse kui piiriklauslita põhiõiguse piiramine peaks olema, vähemalt õiguskirjanduses väljendatud seisukohtade järgi, keerulisem kui kvalifitseeritud piiriklauslit sisaldava üldise väljendusvabaduse puhul. Piiriklauslita põhiõiguse piiramise alus peaks tulenema põhiseaduse tekstist või kujutama endast põhiseaduslikku järku väärtust. Käesoleva töö autori hinnangul on võimalik piirata loomevabadust siiski ka näiteks kõlbluse ja avaliku korra alusel, kuigi põhiseaduse tekst eraldi nende kaitset ette ei näe. See tuleneb kõlbluse ja

avaliku korra olemusest, see tähendab tõigast, et nad kätkevad endas põhiseadusega kaitstud üldist väärtuskorda ehk tegemist võib olla põhiseaduslikku järku õigusväärtustega. Niisiis on praktikas küllalt raske näidete leidmine situatsioonidest, kus mõni väljendusvabaduse piiramisena toodud alus ei saaks tulla kõne alla ka loomevabaduse puhul, kuid vähemalt teoreetilisel tasandil on sellist võimalust tõdetud.

Loomingu eristamiseks muust väljendusest ning selleks, et määratleda loomevabaduse kandjad, on oluline küsimus sellest, mis üldse on looming põhiseaduse mõttes ehk millele laieneb loomevabaduse kaitseala. Loomevabaduse kaitsealasse on hõlmatud nii loomingu valmistamise protsess kui ka selle resultaat ning õigus seda resultaatiga vallata ja omada. Kuigi loomingut ei ole võimalik ammendavalt defineerida, on teaduskirjanduses ja õiguspraktikas püütud kirjeldada loomingule iseloomulikke jooni, mida käesolev magistr töö kaardistas. Kuna loomingut defineerimine ja piiritlemine võib teatud olukordades osutada õiguse rakendaja jaoks keeruliseks, tuleks vajadusel kaasata eksperdid, kes aitaksid tuvastada materjali või tegevuse loomingulist iseloomu või selle puudumist.

Loomevabaduse piiramine peab alati toimuma kooskõlas põhiseaduse ja seadustega. Nii ei kujuta õiguspärane, teiste isikute või kollektiivsete õiguste kaitseks toimuv loomevabaduse piiramine endast tsensuuri. Kuigi looming võib teinekord tekitada küsimusi, imestust või negatiivseid emotsioone, ei saa see üks olla loomevabaduse piiramise aluseks. Nagu töös analüüsitud haldusõiguslikud Viljandi linnavalitsuse ning Tartu Kunstimuuseumi tegevust puudutanud näited illustreerisid, on äärmiselt oluline leida igal üksikul juhul loomevabaduse piiramiseks konkreetne seadusest tulenev alus, seda ka intensiivse välise surve olukorras. Võimupositsioonilt tegutsev ning avalik-õiguslikku ülesannet täitev haldusorgan ei tohi loomevabadust sarnaselt muude vabadustega piirata meelevaldselt või niiõelda tunde järgi, see tähendab ilma seadusliku aluse olemasoluta. Haldusõiguse sfääris on seadusandja näiteks ette näinud võimaluse piirata loomevabadust alaealiste kõlbluse kaitseks pornograafilise või vägivalda õhutava loomingu levipiirangu näol ning võimaldanud kohalikul omavalitsusel reguleerida loomevabadust oma territooriumil avalike ürituste korra sätestamise kaudu.

Üldiselt aga on käesoleva töö autori hinnangul näiteks kõlbluse alusel loomevabaduse piiramise olukorrad võrdlemisi piiratud, kuna elame pluralistlikus ühiskonnas, kus üldkehtivat moraalistandardit on keeruline leida. Nõnda on üldiselt lubatud ka moraalsest aspektist häiriv looming, kuna reeglina on šokeerivate elementide kaasamine kunstiliste eesmärkide teenistuses. Loomingu üheks olemuslikuks tunnuseks on, et ta nõuab vaatajalt tõlgendamist, see tähendab küsimist, et mis on olnud autori eesmärk ning millist sõnumit ta nende jõuliste sümbolite kaudu edastada püüab. Samuti on võimalik arvesse võtta teatud žanrilisi iseärasusi,

mis võivad õigustada äärmuslike sümbolite või situatsioonide kujutamist tulenevalt kunstilistest kaalutlustest, näiteks vägivaldsete stseenide rohkust õudusfilmis.

Samas ei tohi loomingu enda loomisel või levitamisel minna vastuollu seaduses sätestatud keeldudega. Nagu käesolev magistritöö näitas, on meie seadusandja kehtestanud ka kõige kõrgemal, karistusõiguslikul tasandil mitu loominguga seonduvat piirangut. Karistusseadustikus leidub sätteid, mille alusel on keelatud teatud sisuga loomingu valmistamine ja levitamine ning karistusõiguslike keeldudega ei tohiks üldiselt vastuollu minna ka lubatud sisuga loomingu valmistamise käigus. See, kuidas hinnata loomingulise tegevuse õigushüve kahjustavat potentsiaali konkreetsel juhul, see tähendab, kas tegevus väärib karistust, jääb seaduse rakendaja otsustada. Nagu näitab käesolevas töös viidatud praktika, ei ole põhimõtteliselt välistatud teose loomingulise iseloomu arvesse võtmine ka karistusõigusliku vastutuse välistamise alusena. Sellise lähenemise aluseks on loomingu nn lunastava iseloomu kontseptsioon, mille kohaselt ei ole mõningatel juhtudel õigusvastane loomevabadusega kaitstud teoste valmistamisel karistusõigusliku sättega vastuollu minek. Tõsi, sellisel juhul peab seaduse rakendaja küsima, mis on konkreetne õigushüve, mida rikutav säte kaitseb ning kas loomevabadus kaalub selle konkreetses kontekstis üles. Mis puudutab loomingu kunstilist väärtust karistusõigusliku vastutuse välistamise alusena, siis loomingu valmistamisega seonduvate karistusõiguslike normide tekstis täna sellist vastutusest vabastamise alust ette nähtud ei ole. Küll aga on algatatud seaduseelnõu vastava erandi sisseviimiseks näiteks lapsporno valmistamist keelava sätte teksti.

Lisaks karistusõiguslikele piirangutele peab loomingu valmistaja arvestama ka sellega, et kui ta kujutab oma loomingus teisi isikuid, ei tohi ta seda teha solvavalt või väarikust alandavalt või sekkuda põhjendamatult intensiivselt teise isiku eraellu, mida aitas hästi illustreerida töös analüüsitud “Magnuse” filmi kaasus. Loomulikult on lubatud ja väga levinud inspiratsiooni ammutamine päriselust, kuid selleks, et vältida loominguga teiste isikute õiguste rikkumist tuleb kas küsida teise isiku kujutamiseks luba või kujutada teda üksnes üldistatult, lisades autori enese kunstilise interpretatsiooni filtreid. Sarnaselt üldise väljendusvabadusega on vabadus kujutada teisi isikuid oma loomingus avaram avaliku elu tegelaste ning eriti poliitikute puhul, kuid ka nende kujutamisel ei tohi olla eesmärgiks teise isiku alandamine või solvamine ning tuleb lähtuda keelust kujutada nende intiimsfääri kuuluvaid asjaolusid, kuivõrd need peavad jääma igapäevase isiklikuks asjaks.



# **The freedom of art and its limitations in the context of the Estonian constitution**

## **Summary**

The freedom of art is a basic constitutional right guaranteed by the Estonian constitution's article 38. The purpose of this thesis was to provide a closer look to this constitutional right by examining what is protected by this right, what is its relation to the general freedom of expression and other constitutional freedoms and the constitutionality of the norms and practice relating to the limitations of this right in administrative, criminal and civil law. The thesis is divided into four chapters: the first chapter introduces the constitutional background of this freedom and examines its relation to other constitutional rights, the second chapter explores the administrative limitations, the third examines the limitations relating to criminal law and the fourth paragraph deals with the limitations of this freedom in the civil law sphere.

The focus of the first paragraph of this thesis was on the constitutional status of the freedom of artistic expression. Unlike the European Convention of Human Rights which sees the freedom of artistic expression merely as a subcategory of the general freedom of expression provided by article 10, the Estonian constitution recognizes the freedom of art a separate right. This right includes the freedom of artistic expression as well as the right to produce, possess and distribute artistic creation. What should be considered artistic creation or art in the wider sense and what therefore falls under the protection of the article 38 of our constitution is not entirely clear as it is virtually impossible to give a strict and all-embracing definition of art. The artistic expression can be described as a process that mirrors a person's feelings, impressions and experiences and is as such an expression of his or her individuality. It invites the viewer to self-reflection and, unlike natural phenomena, is open for interpretation. As these descriptions are rather vague, an expert may be invited to help determine whether something is or is not art in the wider sense. Persons whose activities might be protected by the freedom of art are people who produce artistic creation.

Determining whether something is or is not art in the wider sense is also necessary in order to distinguish materials and activities that are protected by the article 38 from the materials and activities which fall under the scope of the general freedom of expression provided by article 45 of the Estonian constitution. Even though artistic expression is considered a subcategory of different modes of expression also in our constitution, then the fact that the creators of our constitution have given separate protection to the freedom of

artistic expression through the article 38 should not be ignored. Article 38 is therefore basically a *lex specialis* of the general freedom of expression. The differentiation may, at least according to the theory, be of importance when it comes to the question of what can justify limiting the freedom of art. Namely because the text of the article 38 does not explicitly, unlike the text of article 45, name any justifications that would justify the limitation of this right. This does not, however, mean that the freedom of art is limitless and absolute but it means that the justifications for limitations may come only from the text of the constitution or such justifications should represent underlining constitutional values. As the thesis shows this separation is rather theoretical as for instance limiting the freedom of art in order to protect morals or public order, neither of which is *expressis verbis* named in the constitution but could be the grounds for limiting the general freedom of expression, could be legitimate grounds for limitations as both encompass general constitutional values.

When it comes to limiting the freedom of artistic expression, the question of censorship also arises. Freedom of artistic expression and art is generally regarded as a characteristic of a democratic society. Freedom of art is therefore one trademark of a free society and encompasses democratic values. This does, however, not mean that this freedom would be limitless. It is true that censorship is not constitutionally allowed but it is important to recognize that censorship in the constitutional sense should be understood as unlawful limiting of all forms of freedom of expression. Limiting this freedom is lawful when the grounds for it come from the need to protect the rights of others or the general public.

In the second chapter of the thesis the limitations posed by administrative law were in focus. The main issue when it comes to the legitimacy of limiting constitutional rights in the administrative law is the principle of legality as the administrative authority is obliged to base all of its decisions on laws adopted by the legislator. So, when deciding whether or not to limit the freedom of art, the administrative body has to align with the decisions of the legislator. That means that the administrative body is generally bound by the grounds that the legislator deems appropriate for limiting the freedom of artistic expression.

For instance the administrative authority can limit the freedom of art under the auspices of the Act to Regulate Dissemination of Works which Contain Pornography or Promote Violence or Cruelty. According to that act the dissemination of certain artistic production may be limited in order to protect underage kids and their morality. In order to decide which works of art fall under the definitions of this law a special committee is working by the Ministry of Culture, advising entrepreneurs on whether or not they should somehow limit the accessibility to certain materials. Should they not comply with the law, a penalty might be imposed or the validity of their operating license may be suspended.

In general, however, the possibilities of limiting the freedom of art in order to protect the morality are scarce. As our societies are growing ever more pluralistic, it is getting more and more complicated to establish such minimum moral standards that everyone can agree with. Morality is therefore generally not the grounds for a legislator to impose rules which might limit constitutional freedoms. This means that limiting artistic expression purely on moral grounds is also generally not possible. Legally, the society is generally bound to also accept artworks that are shocking or disturbing as long as such artworks do not conflict with a prohibition prescribed by law.

Other grounds for administrative limitations to the freedom of art include public order and rights of others. In this thesis, two examples were analyzed when such grounds were, seemingly, used by the public authority. The word seemingly was included in the previous sentence as the grounds for limitations were unclear in both cases. First case concerned a decision made by the town council of Viljandi with which three allegedly neo-Nazi bands were banned from giving a concert in the concert hall owned by Viljandi town and rented by the town council and the other case had to do with the Tartu Art Museum and the removal of two artworks from an exhibition after some concerns were raised by the Estonian Jewish Community regarding the content of the artworks. As the legal analysis of these cases showed, neither of these cases were entirely in line with the general rules of limiting constitutional freedoms. What was similar in both cases was the fact that the topics attracted media attention and both administrative bodies were under a great deal of pressure to make such decisions. This, however, does not, at least from the legal perspective, justify making decisions without aligning with the principle of legality.

In the third chapter of this thesis the limitation imposed by the criminal law were examined. Criminal prosecution of an author seems in first glance a strange idea in the developed democratic societies. Also, as mentioned before, censorship is not constitutionally allowed in Estonia. This does not, however, mean that no criminal reaction to activities of artistic nature is allowed – there are some cases when the necessity to protect legal values with the strongest possible tools the state possesses demands limiting certain constitutional rights and freedoms. Including, in some cases, the freedom of art. The state needs to assess the necessity of such limits through its criminal policy considering the *ultima ratio* nature of criminal punishment.

When it comes to the limitations of the freedom of art in Estonian criminal law then there are several paragraphs in our penal code pertaining to this freedom. Firstly, there are some limits to the content of artworks. For instance, it is not allowed to produce materials which incite hatred against a certain nationality, race, sex et cetera. It is also not allowed to

produce child pornography. This seemingly simple and logical impediment to the content of artworks has been in the heart of a social discussion-inciting high profile court case in Estonia which is still ongoing during the time this thesis was written. A writer wrote a text which included some graphic parts describing sexual acts with under a 14-year-old child and was then prosecuted and indicted with producing child pornography. The Estonian penal code bans child pornography even when no actual child was hurt while producing the pornographic materials. This means that depicting even made-up children in sexual situations is not allowed. The aim of this general ban is to demotivate the production of child pornography in general in order to protect the normal psychological and sexual development of children. When it comes to freedom of artistic expression, impeding crime should generally be a legitimate aim to justify limiting the freedom. However, in my opinion the necessity and the validity of the limitation should be assessed case by case when it comes to artistic works depicting sexual relations with a child in order to guarantee a constitutionally valid decision. This should mean assessing how and why a certain scene was included in the artwork. For instance whether such inclusion was based on artistic consideration and the need to convey an artistic message. However, the defense of artistic merit is not currently accepted in the Estonian criminal law but there is a draft legislation in the parliament which might allow such defense in the future. Secondly, there are also some criminal law limitations regarding the circulation of certain artworks, mainly concerning exposing minors to works of art with very violent or sexual content. And thirdly, one should not break the criminal law during the creation of an artwork.

When it comes to the last mentioned aspect there is an example of an exception to this general rule. Under the Estonian criminal law, the defamation of our national symbols is generally banned and punishable. However, when acts generally understood as defamatory take place during a process protected by the freedom of artistic expression, the act is deemed not punishable. This is an example of the concept of redeeming value of artworks making its way to our criminal law. The defamatory acts are allowed as the legal values the defamation-ban protects are deemed far less important than the freedom of artistic creation. So here the constitutional weighing of values comes to play. Also, as two disturbance of public order cases analyzed in the thesis showed, the artistic nature of certain actions has been in some cases viewed as an alleviating circumstance. When it comes to disturbances of public order, artworks often include activities which might be deemed disturbances under the Law Enforcement Act. For instance, they might include nudity. However, such activities are generally acceptable and allowed in the context of for instance a contemporary theatre or in an art gallery, even though both are public places, as these are the places you usually might

expect a more explicit content and actions than for instance on a street. So in order to assess the disturbance of public order, the context of the activity might play an important role in deciding whether or not the enforcement agencies should somehow react. Here, the *ultima ratio* principle and the strong nature of criminal condemnation should also be considered by the enforcer.

In the forth and last part of this thesis, the limitations to the freedom of expression in the civil law were explored. Though the issue of constitutional rights and limitations thereof usually surfaces when it comes to the so called vertical legal relations of state and a person, the basic constitutional rights also may have an effect on the legal relations of two individuals. This understanding is called the concept of horizontal or third party effect of basic rights according to which the civil law norms have to conform to the constitution and such norms are to be construed in line with the constitution. This means that when deciding civil cases the court needs to take into consideration the constitutional nature of conflicting values and the general constitutional obligation to weigh such values in collision cases. The horizontal effect also means that the state needs to make sure people have the possibility to effectively protect their constitutional rights even in the civil sphere. This means that the state needs to create civil law norms that reflect and include the basic rights. Establishing such norms gives people the possibility to turn to court in case their rights have been somehow infringed. Thirdly, the horizontal effect means that the constitutional rights apply and are to some extent enforceable in the sphere of horizontal relations – the person does not necessarily need state interference to protect his or her rights as other natural persons are also obliged to honor his or her constitutional rights in the civil sphere.

In Estonia, leaving contractual obligations aside, the best example of the effect of constitutional rights to the civil law can be found in the extra contractual obligations norms, specifically the norms regarding the unlawful causing of damage. The norms which specifically relate to the limits to the freedom of artistic expression constitute that the infringement of personality rights – such as the person's right to demand respect of his or her honor or the right to privacy – is unlawful. The cases where the author's right to freedom of artistic expression collides with the personality rights of other people are best illustrated by the situations where the artist has without consent of the party concerned based his or her artwork on another person's life, for instance using that person as a prototype. In the thesis the case of a film called "Magnus" was analyzed. According to the court ruling the freedom of artistic expression has some very clear limits – it cannot justify defamatory depiction and interference with the person's intimate sphere. Moreover, the right to depict some events relating to other people needs to generally be justified by a pressing social need or public

interest. Author's right to use prototypes is closely related to the author's own artistic stylization of the character – the freedom of artistic expression is wider in the cases where the prototype has been thoroughly artistically processed by the author. Also, when depicting dead people the right of the artistic freedom widens accordingly to the passage of time from that person's death – the longer the time passed, the wider the artistic freedom.

When it comes to depicting public personalities, however, the freedom of artistic expression is generally wider, especially when it comes to politicians as political art is recognized as a legitimate way to participate in the public political discussion. Politicians are usually deemed such people who need to possess a wider level of acceptance when it comes to critique. As the examples used in this thesis showed, such critique may be done for instance in the form of satire in a newspaper's humor section or in the form of political art. These wider limits do not however mean that it would be allowed to insult a public figure or depict the public figure's personal life in a manner that would entail disclosing details which are in his or her intimate sphere. Also, the right to depict public figures other than politicians should usually be confined to such topics that relate to the activities relating to that person's position in the public sphere, for instance the profession of that person which brought him or her to the public eye.

When unlawful damaging of the personal rights is identified then the person damaged has the possibility to demand (non-patrimonial) damages or the prohibition on performance of the damaging acts. The latter means for instance in case of a movie the right to demand the prohibition of showing and distributing the movie. Such prohibitions need to be concrete which means for example that the duration and the territorial extent of the prohibition need to be clear. When setting such prohibitions, the principle of proportionality and the weighing of different interests once again comes to play. The court needs to decide on a measure that would effectively guarantee the protection of the plaintiff's rights to the minimum extent while at the same time refraining from excessively limiting the rights of the defendant. In cases of artistic expression this means that the court needs to consider the author's rights as well. For instance when an artistic text has been published in a blog, the court needs to decide whether the demand of removal of the entire text is proportional or would a less restrictive measure also guarantee the desired effect.

## Kasutatud materjalid

### Teaduskirjandus

1. Aedmaa, A., Lopman, E., Parrest, N jt. Haldusmenetluse käsiraamat. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2004
2. Alexy, R. A Theory of Constitutional Rights. Oxford: Oxford University Press 2004
3. Alexy, R. Põhiõigused Eesti põhiseaduses. – Juridica 2001/eriväljaanne
4. Allan, T.R.S. Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law. Oxford: Oxford University Press 2003
5. Alquist, P. Horizontality: questioning the concept. – Cambridge Student Law Review 2008/4(1), lk 131-141
6. Annus, T. Riigiõigus. Tallinn: Juura 2006
7. Annus, T., Henberg, A., Muller, K. Põhiseaduse § 29 kommentaar. – Madise, Ü. jt (toim). Eesti Vabariigi Põhiseadus. Komm vlj, 3. vlj. Tallinn: Juura 2012
8. Annus, T., Kelli, A., Pisuke, H. Põhiseaduse § 39 kommentaar. – Madise, Ü. jt (toim). Eesti Vabariigi Põhiseadus. Komm vlj, 3. vlj. Tallinn: Juura 2012
9. Annus, T., Pilving, I. Põhiseaduse § 38 kommentaar. – Madise, Ü. jt (toim). Eesti Vabariigi Põhiseadus. Komm vlj, 3. vlj. Tallinn: Juura 2012
10. Belling, D. W. Põhiõiguste tähendus eraõigusele. – Juridica 2004/1, lk 3-10
11. Dissanayake, E. What is art for? 5 tr. Seattle, London: University of Washington Press 2002
12. Engle, E. Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung). – Hanse Law Review 2009/5(2), lk 165-173
13. Ernits, M. Avalik väljendusvabadus ja demokraatia. – Juridica 2007/1, lk 16-29
14. Ernits, M. Põhiseaduse II peatüki sissejuhatav kommentaar. – Madise, Ü. jt (toim). Eesti Vabariigi Põhiseadus. Komm vlj, 3. vlj. Tallinn: Juura 2012
15. Ernits, M. Põhiseaduse § 9 kommentaar. – Madise, Ü. jt (toim). Eesti Vabariigi Põhiseadus. Komm vlj, 3. vlj. Tallinn: Juura 2012
16. Ernits, M. Põhiseaduse § 12 kommentaar. – Madise, Ü. jt (toim). Eesti Vabariigi Põhiseadus. Komm vlj, 3. vlj. Tallinn: Juura 2012
17. Ernits, M. Põhiseaduse § 19 kommentaar. – Madise, Ü. jt (toim). Eesti Vabariigi Põhiseadus. Komm vlj, 3. vlj. Tallinn: Juura 2012
18. Ernits, M. Tõlgendamisest Riigikohtu praktikas. – Juridica 2010/11, lk 666-686
19. Ernits, M., Parrest N. Põhiseaduse § 14 kommentaar. – Madise, Ü. jt (toim). Eesti Vabariigi Põhiseadus. Komm vlj, 3. vlj. Tallinn: Juura 2012

20. Cashell, K. Aftershock: the Ethics of Contemporary Transgressive Art. London: I.B. Tauris & Co Ltd 2009
21. Gardbaum, S. The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights. – Michigan Law Review 2003-2004/102, lk 388-458
22. Glass, L. Redeeming Value: Obscenity and Anglo American Modernism. – Critical Inquiry (University of Chicago Press) 2006/32(2), lk 341-361
23. Jaconelli, J. Defences to speech crimes. – European Human Rights Law Review 2007/1, lk 27-46
24. Kaiv, J., Klesment, J. Eesti Vabariigi põhiseadus. Seletustega ja tähestikulise sisujuhiga varustanud J. Kaiv ja J. Klesment. Tallinn: Autorite kirjastus 1934
25. Kearns, P. Freedom of Artistic Expression. – Oxford/Portland: Hart Publishing 2013
26. Kearns, P. The Judicial Nemesis: Artistic Freedom and the European Court of Human Rights. – Irish Law Journal 2012/1, lk 56-92
27. Kolk, T., Maruste, R. Põhiseaduse § 20 kommentaar. – Madise, Ü. jt (toim). Eesti Vabariigi Põhiseadus. Komm vlj, 3. vlj. Tallinn: Juura 2012
28. Laanemäe, A. Kulturoloogia. Tallinn: AS Kirjastus Ilo 2007
29. Laaring, M. Avaliku korra mõiste põhiseaduses. – Juridica 2012/4, lk 247-261
30. Laffranque, J. European Human Rights Law and Estonia: One- or Two-way Street? – Juridica International 2015/23, lk 4-16
31. Lamarque, P., Olsen, S.H. (toim). Aesthetics and the Philosophy of Art: The Analytic Tradition. An Anthology. Malden: Blackwell Publishing 2003
32. Laurits, E. Virtuaalse isiku kujutamise probleemid karistusseadustiku § 178 kontekstis. – Juridica 2014/5, lk 395-405
33. Lebeck, C. Horizontal effect of the European Convention on Human Rights in Swedish law – a quiet constitutional change? – Public Law 2009/01, lk 25-36
34. Liiv, E. Väljendusvabaduse ja üldiste isikuõiguste konflikt veebipäevikute ja –foorumite näitel. – Juridica 2008/8, lk 473-481
35. Linntam, M. Õigluse idee kui argument Eesti Vabariigi Riigikohtus ja Euroopa Kohtus. – Juridica 2002/1, lk 3-10
36. Lõhmus, U. Põhiõigused ja Euroopa Liidu õiguse üldpõhimõte: funktsioonid, kohaldamisala ja mõju. – Juridica 2011/11, lk 639-651
37. Maddison, E., Angelus, O. Das Grundgesetz des Freistaats Estland vom 15. Juni 1920. Berlin: Carl Heymanns Verlag: 1928
38. Maruste, R. Konstitutsionalism ning põhiõiguste ja –vabaduste kaitse. Tallinn: Juura 2004



39. Maruste, R. Põhiseaduse § 17 kommentaar. – Madise, Ü. jt (toim). Eesti Vabariigi Põhiseadus. Komm vlj, 3. vlj. Tallinn: Juura 2012
40. Maruste, R. Põhiseaduse § 18 kommentaar. – Madise, Ü. jt (toim). Eesti Vabariigi Põhiseadus. Komm vlj, 3. vlj. Tallinn: Juura 2012
41. Maruste, R. Põhiseaduse § 45 kommentaar. – Madise, Ü. jt (toim). Eesti Vabariigi Põhiseadus. Komm vlj, 3. vlj. Tallinn: Juura 2012
42. Maruste, R. Sõnavabadus ja selle piirid. – Juridica 2001/1, lk 14-22
43. Merusk, K. jt. Põhiseaduse § 3 kommentaar. – Madise, Ü. jt (toim). Eesti Vabariigi Põhiseadus. Komm vlj, 3. vlj. Tallinn: Juura 2012
44. Möller, K. The Global Model of Constitutional Rights. – Oxford: Oxford University Press 2012
45. Niemeier, M. Nõuded õigusriiklikule politseiõigusele – proportsionaalsuse põhimõte ja Euroopa õigus. – Juridica 2004/7, 461-467
46. Pech, L. The Eclipse of the Legality Principle in the European Union. – European Law Review 2012/37(4), lk 508-510
47. Pisuke, H. Autoriõiguse alused. Tallinn: Ellington Trükiagentuur 2006
48. Peep, V (toim). Põhiseadus ja Põhiseaduse Assamblee. Tallinn: Juura 1997
49. Pärsimägi, A. Hagimenetlus. Hagi ja taotluste esitamine. 3 tr. Tallinn: Juura 2016
50. Raude, M. Advokaatide reklaamikeelu õiguspärasus põhiseaduse ja Euroopa Liidu õiguse valguses. – Juridica 2011/7, lk 496-504
51. Roosma, P. Põhiseaduse § 16 kommentaar. – Madise, Ü. jt (toim). Eesti Vabariigi Põhiseadus. Komm vlj, 3. vlj. Tallinn: Juura 2012
52. Rosler, H. Caricatures and satires in art law: the German approach in comparison with the United States, England and the Human Convention on Human Rights. – European Human Rights Law Review 2008/4, lk 463-487
53. Sootak, J., Pikamäe, P. (koost). Karistusseadustik: Kommenteeritud väljaanne. 4 vlj. Tallinn: Juura 2015
54. Sootak, J., Pikamäe, P. (koost). Karistusseadustik: Kommenteeritud väljaanne. 3 vlj. Tallinn: Juura 2009
55. Sootak, J. Karistusõigus. Tallinn: Juura 2010
56. Sootak, J. Karistusõiguse revisjon kuriteo-, väärteo ja haldusõiguse piirimail. – Juridica 2013/4, lk 242-248
57. Zucca, L. Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA. Oxford: Oxford University Press 2008

58. Žurakovskaja, K. Liberaalsete väljendusvabaduse kontseptsioonide juriidiline teostamine. – Juridica 2007/8
59. Tammer, S. Kujutis kui tegelikult kaitstav õigushüve. – Juridica 2011/11, lk 652-663
60. Tinio, P.P.L., Smith, L.K. (toim). The Cambridge Handbook of The Psychology of Aesthetics and the Arts. Cambridge: Cambridge University Press 2014
61. Turk, K. Digitaalkeskkonnas isiku tuvastamise meetmete poolt ja vastu. – Juridica 2014/3, lk 175-188
62. Varul, P. jt (koost). Võlaõigusseadus: kommenteeritud väljaanne III. Tallinn: Juura 2009

## **Õigusaktid**

63. Autoriõiguse seadus - RT I, 31.12.2016, 20
64. Avaliku korra eeskirja kehtestamine [kehtetu] - KO 2003, 79, 1705
65. Eesti Kultuurkapitali seadus – RT I, 11.07.2014, 26
66. Eesti Vabariigi põhiseadus – RT I, 15.05.2015, 2
67. Eesti Vabariigi 1938. aasta põhiseadus [kehtetu] – RT, 03.09.1937, 71, 590
68. Eesti Vabariigi 1933. aasta põhiseaduse muutmise seadus [kehtetu] - RT, 28.10.1933, 86, 628
69. Eesti Vabariigi 1920. aasta põhiseadus [kehtetu] – RT, 09.08.1920, 113/114, 243
70. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2011/92/EL, 13. detsember 2011, mis käsitleb laste seksuaalse kuritarvitamise ja ärakasutamise ning lasteporno vastast võitlust ja mis asendab nõukogu raamotsuse 2004/68/JSK – ELT L 335, 17.12.2011, lk 1-14
71. Haldusmenetluse seadus - RT I, 25.10.2016, 5
72. Karistusseadustik - RT I, 31.12.2016, 14
73. Kodaniku- ja poliitiliste õiguste rahvusvaheline pakt – RT II 1994, 10, 11
74. Korrakaitse seadus – RT I, 02.12.2016, 6
75. Kriminaalkodeks [kehtetu] – RT 1992, 20, 288
76. Kriminaalmenetluse seadustik – RT I, 31.12.2016, 16
77. Loovisikute ja loomeliitude seadus – RT I, 08.07.2016, 11
78. Majanduslike, sotsiaalsete ja kultuurialaste õiguste rahvusvaheline pakt – RT II 1993, 10, 13
79. Muuseumiseadus – RT I, 06.01.2016, 11
80. Perekonnaseadus - RT I, 21.12.2016, 12
81. Pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste leviku reguleerimise seadus – RT I, 12.07.2014, 106

82. Reklaamiseadus – RT I, 11.03.2016, 7
83. Sakala keskuse põhimäärus – RT IV, 28.12.2013, 20
84. Saksa Liitvabariigi Põhiseadus –  
[https://www.bundestag.de/blob/284870/ce0d03414872b427e57ccb70\\_3634dcd/basic\\_law-data.pdf](https://www.bundestag.de/blob/284870/ce0d03414872b427e57ccb70_3634dcd/basic_law-data.pdf)
85. Tartu Kunstmuuseumi põhimäärus – RT I, 07.03.2017, 16
86. Vabariigi Valitsuse seadus – RT I, 22.06.2016, 31
87. Vangistusseadus – RT I, 17.12.2015, 96
88. Vangla sisekorraeeskiri. JMm 30.11.200 nr. 72. - RT I, 21.04.2016, 14
89. Viljandi linna avaliku ürituse korraldamise ja pidamise kord – RT IV, 02.07.2014, 22
90. Viljandi linnavara valitsemise kord – RT IV, 08.06.2012, 2
91. Võlaõigusseadus - RT I, 31.12.2016, 7
92. Weimari Vabariigi 1919. aasta konstitutsioon [kehtetu] - [http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/docpage.cfm?docpage\\_id=4863](http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/docpage.cfm?docpage_id=4863)

### **Õigusaktide eelnõud ja seletuskirjad**

93. Loovisikute ja loomeliitude seaduse seletuskiri (koopia autori valduses)
94. Karistusseadustiku § 178 muutmise seaduse eelnõu –  
<http://eelnou.valitsus.ee/main#ozwWDuF0>
95. Korrakaitseaduse eelnõu seletuskiri –  
<https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/8a9c2286-06fc-65d2-957b-bd9e11a940c4/Korrakaitseadus>
96. Pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste leviku reguleerimise seaduse seletuskiri –  
<https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/8f5e7d70-4883-39d7-a13f-da5acc0a05c0/Pornograafilise%20sisuga%20ja%20v%C3%A4givalda%20v%C3%B5i%20julmust%20propageerivate%20teoste%20leviku%20reguleerimise%20seadus>
97. Seletuskiri karistusseadustiku § 178 muutmise seaduse eelnõu juurde. –  
<http://eelnou.valitsus.ee/main#ozwWDuF0>

### **Kohtupraktika**

98. RKHKo 3-3-1-11-03
99. RKKKo 3-1-1-80-97

100. RKKKo 3-1-1-117-05 koos Riigikohtunike Lea Kivi ja Jüri Ilvesti eriarvamusega
101. RKKKo 3-1-1-93-14
102. RKPJKo 3-4-1-2-01
103. RKPJKo 3-4-1-5-05
104. RKPJKo 3-4-1-3-09
105. RKPJKo 3-4-1-42-14
106. RKPJKo 3-4-1-55-14
107. RKTKo 3-2-1-17-05
108. RKTKo 3-2-1-53-07
109. RKTKo 3-2-1-145-07
110. RKTKo 3-2-1-104-09
111. RKTKo 3-2-1-67-10
112. RKTKo 3-2-1-169-11 koos riigikohtunik Jaak Luige eriarvamusega
113. RKTKo 3-2-1-18-13 koos riigikohtunik Jaak Luige eriarvamusega
114. RKTKo 3-2-1-147-16
115. RKTKo 3-2-1-153-16
116. RKÜKo 3-3-1-41-06
117. HMKo 30.11.2007 2-05-22224/34
118. TMKm 28.04.2009, 2-08-7680
119. TlnRnKo 05.05.2008, 2-05-22224
120. TlnRnKo 27.04.2010, 2-07-10586 (kohtuotsuse koopia autori valduses)
121. TlnRnK 26.06.2016, 2-07-5657
122. TrtHKO 09.06.2011, 3-11-281
123. BVerfGE 30, 173 –  
<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv030173.html>
124. BVergfGE 7, 198 –  
<http://www.servat.unibe.ch/DFR/bv007198.html>
125. Kanada ülemkohtu 27.02.1992 otsus nr 22191 *Butler vs Her Majesti The Queen*. –  
<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/844/index.do>
126. Rootsi ülemkohtu 15.06.2012 otsus nr B 990-11. –  
<http://www.hogstadamstolen.se/Avgoranden/Vagledande-domar-och-beslut-prejudikat/2012/2012-06-15-B-990-11/>
127. EIKo 23168/94, *Karataş v Türki*
128. EIKo 21279/02; 36448/02 *Lindon, Otchakovsky-Laurens & July v Prantsusmaa*
129. EIKo 9815/82, *Lingens v Austria*

130. EIKo 25390/94, *Rekvenyi v Ungari*
131. EIKo 73579/10, *Ruusunen v Soome*
132. EIKo 68354/01, *Vereinigung Bildener Künstler v Austria*

## **Muud allikad**

133. Alla, H. Indrek Hargla astus Kirjanike liidust välja. – Postimees 23.01.2015
134. Eesti ajakirjanduseetika koodeks –  
<http://www.eall.ee/eetikakoodeks.html>
135. Eesti keele seletav sõnaraamat. –  
<http://eki.ee/dict/ekss/index.cgi?Q=kureerima>
136. Eesti Rahvusringhäälingu uudistesaaade Aktuaalne Kaamera. Ilm. 23.03.2015
137. Eesti Vabariigi põhiseaduse juriidilise ekspertiisi komisjoni lõpparuanne. –  
<http://www.just.ee/et/eesti-vabariigi-pohiseaduse-juriidilise-ekspertiisi-komisjoni-lopparuanne>
138. Eesti õigekeelsussõnaraamat –  
<http://www.eki.ee/dict/qs/index.cgi?Q=k%C3%B5lbus&F=M>
139. Herm, T. Poolpaljas naine Väike-Maarjas lõi pretsedendi Eesti õigusmõistmises. –  
Virumaa Teataja 11.08.2011
140. Ida Prefektuuri 30.08.2011 väljastatud väärteomenetluse lõpetamise määrus (määruse koopia autori valduses)
141. Jõgeda, T. Miks kohus keelas “Magnuse” näitamise? – Eesti Ekspress 15.05.2008
142. Kangro, K., Einmann, A. Martin Helme solvus Sirbis ilmunud pildi peale. – Postimees 10.05.2016
143. Karro, K. Poliitikule sildi „Minu munn on puhas“ kaela riputanud kunstnik: „Seda pilti on soovitud minult ära osta“ – Eesti Ekspress 18.05.2016
144. Kender, K. Sissekannet blogikeskkonnas Nihilist –  
<http://nihilist.fm/must-nihilism-untitled-12/>
145. Kodres, K. Väärtused kunstis ja kunsti väärtus. – Sirp 07.04.2017
146. Kohus kohustas Olavi Ruitlast blogi sulgema. – Äripäev 28.03.2015
147. Kultuuriministeeriumi pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste ekspertkomisjoni 20.02.2014 otsus filmide „Nümfomaan I“ ja „Nümfomaan II“ sisu kohta (otsuse koopia autori valduses)

148. Kultuuriministeeriumi pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste ekspertkomisjoni 04.11.2013 otsus filmi „Saatana tool“ sisu kohta (otsuse koopia autori valduses)
149. Kultuuriministeeriumi pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste ekspertkomisjoni 11.05.2015 otsus teose „Inim-inetus“ sisu kohta (otsuse koopia autori valduses)
150. Kultuurimi pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste ekspertkomisjoni 09.03.2014 otsus teose “Untitled12” sisu kohta (otsuse koopia autori valduses)
151. Kultuuriministeeriumi pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste ekspertkomisjoni tööd kokkuvõttev tabel (tabeli koopia autori valduses)
152. Kultuuriministeeriumi 10.02.2015 pressiteade: Kultuuriministri kommentaar – <http://www.kul.ee/et/uudised/kultuuriministri-kommentaar>
153. Kultuuriministeeriumi 11.02.2015 pressiteade: Arutelu Tartu Kunstimuuseumi holokausti-teemalise näituse üle: näitus on solvav. – <http://www.kul.ee/et/uudised/arutelu-tartu-kunstimuuseumi-holokausti-teemalise-naituse-ule-naitus-solvav>
154. Kultuurkapitali aastapreemiad 2011 – <http://kulka.ee/meist/aastapreemiad/kultuurkapitali-aastapreemiad-2011>
155. Kunstnik Fideelia-Signe Rootsi koduleht – [http://fideelia.future.ee/kunst/videod/lipp/eestilipp\\_tekst.html](http://fideelia.future.ee/kunst/videod/lipp/eestilipp_tekst.html)
156. Kurm, M. Kenderi jutu kirjanduslikul väärtusel pole karistusõiguse seisukohast mingit tähendust. – Postimees 12.02.2016
157. Lavastuse “Lindmees” saatetekst No99 teatri kodulehel – <http://no99.ee/lavastused/no62-lindmees>
158. Leitmaa D. Politsei karistas “Kuldsõduri” autorit suulise hoiatusega. – Eesti Päevaleht 15.05.2009
159. Lõuna Ringkonnaprokuratuuri 14.02.2010 väljastatud kriminaalmementluse lõpetamise määrus (määruse koopia autori valduses)
160. Mihelson, H. Tartu kunstimuuseumi direktor: palume vabandust kõigilt, keda väljapanek on riivanud – Postimees 10.02.2015
161. MTÜ Eesti Juudi Kogukond 09.02.2015 pöördumine seoses näitusega “Minu Poola. Mäletamisest ja unustamisest” – <http://jewish.ee/eesti-juudi-kogukonna-poordumine/>

162. MTÜ Eesti Kunstnike Liit põhikiri –  
<https://www.eaa.ee/orb.aw/class%3dfile/action%3dpreview/id%3d8463/MT%25DC%2bEesti%2bKunstnike%2bLiit%2bp%25F5hikiri.pdf>
163. Näituse “Surm ja ilu. Gootika kaasaegses kunstis ja visuaalkultuuris” saatetekst Eesti Kunstimuuseumi kodulehel –  
[http://kumu.ekm.ee/syndmus/surm-ja-ilu-gootika-kaasaegses-kunstis-ja-visuaalkultuuris/;](http://kumu.ekm.ee/syndmus/surm-ja-ilu-gootika-kaasaegses-kunstis-ja-visuaalkultuuris/)
164. Nääs, O. Kender – hullem kui terrorist? – Postimees 13.04.2016
165. Peensoo, P., Ojakivi, M. Olavi Ruitlane sulges kohtu nõudmisel avameelse blogi. – Eesti Päevaleht 29.03.2008
166. Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, Farida Shaheed The right to freedom of artistic expression and creativity –  
[http://www.cdc-cdd.org/IMG/pdf/The\\_right\\_to\\_freedom\\_of\\_artistic\\_expression\\_and\\_creativity.pdf](http://www.cdc-cdd.org/IMG/pdf/The_right_to_freedom_of_artistic_expression_and_creativity.pdf)
167. Sakala Keskuse kodulehekül –  
<http://www.sakalakeskus.ee/teenused/>
168. Salme Kultuurikeskuse töötaja tsenseeris kunstinäitust. – Postimees, Tallinn City portaal 09.06.2017
169. Sinikalda, M. Kaur Kenderi kirjatükk on lapsporno kahtluse tõttu uurimise all. – Postimees 16.01.2015
170. Sulbi, R., Hanson, R. Kunstinäituselt varastati purk ekskremendiga. – Tartu Postimees 09.11.2012
171. Sootak, J. Eetilised valikud ja karistusõiguses. Tartu Ülikooli Eetikakeskus –  
<http://www.eetikakeskus.ut.ee/sites/default/files/eetikakeskus/files/Eetilised%20valikud%20karistus%C3%B5iguses.pdf>
172. Tartu Kunstimuuseumi koduleht –  
<http://tartmus.ee/>
173. Tiits, M. Linnavalitsus keelas ruumide rentimise rassismiga seostatud bändide kontserdi korraldamiseks. – Sakala 17.01.2017
174. Triisberg, A. Uus põlvkond, vanad probleemid. – Sirp 29.04.2016
175. Vallikivi, H. Piirist kunsti ja keelatud porno vahel – Postimees 16.02.2016
176. Valme, V. (toim). Kenderi protsess. Rein Raud: tabusid ei tohiks kirjanduses olla – Eesti Rahvusringhäälingu Kultuuriportaal 30.01.2017
177. Viljandi linnavalitsuse 16.01.2017 istungi protokoll (protokolli koopia autori valduses)

178. XIII Riigikogu stenogramm. III istungjärk. 10.05.2016. Martin Helme sõnavõtt kooseluseaduse kehtetuks tunnistamise seaduse eelnõu (185 SE) esimene lugemisel. – <http://stenogrammid.riigikogu.ee/et/201605101000#PKP-18892>



## **Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks**

Mina, Kadi-Ell Tähiste,

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose

“Loomevabadus ja selle piirangud põhiseaduse kontekstis”,

mille juhendaja on Ülle Madise,

1.1.reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;

1.2.üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.

2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.

3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tallinnas, **28.04.2017**